

VERSIÓN PÚBLICA

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA
DENUNCIANTE : DE OFICIO
DENUNCIADOS : PRAXAIR PERÚ S.R.L.
MESSER GASES DEL PERÚ S.A.
AGA S.A.
MATERIA : LIBRE COMPETENCIA
PROCESAL
PRESCRIPCIÓN
INFRACCIÓN CONTINUADA
PRUEBA INDICIARIA
LICITACIONES COLUSORIAS
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
ACTIVIDAD : FABRICACIÓN DE SUSTANCIAS QUÍMICAS BÁSICAS

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI del 13 de agosto de 2010, emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en el extremo que declaró que Praxair Perú S.R.L., Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A. incurrieron en una infracción al artículo 6 del Decreto Legislativo 701, consistente en la realización de prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de reparto de mercado en los procesos de selección convocados por el Seguro Social de Salud – EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004.

De la revisión del expediente, se identificaron dos etapas diferenciadas para efectuar el análisis de los hechos imputados. Una primera, comprendida por la Licitación Pública 018-IPSS-98, la Licitación Pública 053-ESSALUD-99, la Licitación Pública 0199L00051 y las Adjudicaciones llevadas a cabo entre los años 2001 y 2002. Las licitaciones se caracterizaron principalmente por: (i) presentar cuatro grandes zonas de provisión de oxígeno a nivel nacional correspondientes al norte, centro, sur y Lima; (ii) demandar oxígeno líquido y gaseoso de manera conjunta; y, (iii) evaluar la experiencia del postor mediante la acreditación de montos significativos de facturación no asociados al valor del ítem por el que se postulaba.

La segunda etapa está conformada por la Licitación Pública 0199L00052 y las Adjudicaciones del periodo 2003-2004. Esta licitación marcó cambios relevantes en las condiciones de las bases diseñadas por EsSalud hasta ese momento, pues se verificó que: (i) el número de zonas de aprovisionamiento o ítems se incrementó a 24 (veinticuatro); (ii) los requerimientos de oxígeno líquido y gaseoso se efectuaron de manera independiente; y, (iii) se relativizó la experiencia requerida a los postores al exigirse niveles de facturación

asociados al porcentaje del valor asignado al ítem por el que se participaba, en lugar de requerir un monto de facturación determinado.

De la información que obra en el expediente se ha podido evidenciar que el mercado de oxígeno medicinal en los procesos de selección convocados por EsSalud presentó características que favorecían la adopción e implementación de una práctica colusoria horizontal, tales como:

- (i) Características estructurales, vinculadas a la existencia de altas barreras de entrada que impedían el ingreso de nuevos competidores, y un alto nivel de concentración en el mercado durante el periodo de investigación que facilitaba la reducción de los costos de transacción para realización de una concertación. Asimismo, debido al carácter público de los procesos de selección convocados por EsSalud, los costos de supervisión de un eventual acuerdo eran bajos.**
- (ii) Características propias de la oferta, tales como la homogeneidad del oxígeno medicinal demandado por EsSalud, la cual determinaba que el acuerdo se simplifique al reducir los costos de transacción. A su vez, existía simetría entre las empresas, dado que todas ellas utilizaban la misma tecnología e incurrían en costos similares para abastecer a EsSalud. Esto redujo la posibilidad de desvío de una eventual actuación concertada.**
- (iii) Características vinculadas a la demanda de oxígeno medicinal, tales como la baja sustituibilidad del producto, el crecimiento de la demanda durante el periodo investigado, así como el contrapeso que las denunciadas ejercían frente a EsSalud facilitaban la adopción de un acuerdo al generar los incentivos para coludir. Si bien la entidad poseía, en principio, poder de compra, en el corto plazo requería estar permanentemente abastecida de oxígeno medicinal, toda vez que dicho producto es esencial para asegurar la vida y salud de sus pacientes. Así, únicamente utilizó su poder de compra a partir del segundo periodo en el cual cambió las condiciones de sus bases, lo cual favoreció la entrada de nuevas empresas.**

En este escenario, se identificó que en los procesos de selección realizados por EsSalud entre enero de 1999 y junio de 2004 se produjeron los siguientes hechos que han quedado debidamente acreditados:

- (i) Las denunciadas obtuvieron la Buena Pro en una misma zona durante el periodo investigado, de manera que Aga S.A. abasteció a la zona norte del país, Messer Gases del Perú S.A. a la zona centro y Praxair Perú S.R.L. a la zona sur y a Lima.**

- (ii) En los procesos de selección realizados durante la primera etapa, las denunciadas obtuvieron precios cercanos o iguales al 110% del valor referencial, es decir, al máximo valor posible de acuerdo a ley.**
- (iii) En aquellas zonas en las que las denunciadas no abastecieron típicamente, por lo general presentaban ofertas por encima del máximo legal permitido (110% del valor referencial) durante la primera etapa, lo que llevaba a su descalificación de los procesos.**
- (iv) Las denunciadas no abastecieron de oxígeno gaseoso a EsSalud en zonas que corresponderían a su área de influencia, es decir, en áreas en las cuales el aprovisionamiento de oxígeno resultaría en teoría más ventajoso, puesto que tenían desplegada parte de su infraestructura como es el caso de sus plantas de llenado y producción. Los casos más resaltantes son los de Aga S.A. y Praxair Perú S.R.L., quienes contaban con plantas de llenado en la zona centro y no abastecieron dicha zona durante el periodo investigado. Del mismo modo, Messer Gases del Perú S.A. abasteció solo a la zona centro a pesar de no contar con plantas de llenado o producción en esta zona.**
- (v) En la Licitación Pública 0199L00051, convocada en julio de 2001, las tres empresas denunciadas se abstuvieron de participar.**
- (vi) Las denunciadas modificaron su patrón de comportamiento desde la Licitación Pública 0199L00052 convocada en setiembre de 2002, en la cual se redujeron las barreras de entrada al mercado contenidas en las bases de los procesos de selección de EsSalud y se favoreció el ingreso de nuevos competidores. A partir de esta licitación, las investigadas mantuvieron las mismas zonas de abastecimiento pero sus ofertas implicaron precios menores o iguales al valor de referencia llegando incluso en algunos casos al mínimo legal permitido (70% del valor referencial) para las zonas que tradicionalmente proveían, mientras que se abstuvieron de participar en las otras zonas.**
- (vii) Con posterioridad al periodo investigado, a partir de la Licitación 0399L00091 de 2004-2005, las denunciadas empezaron a presentar ofertas válidas y lograron adjudicarse la Buena Pro para proveer oxígeno medicinal en zonas ajenas a las que típicamente abastecían.**

A criterio de este Colegiado, los hechos probados en el procedimiento, en un contexto en el cual las características del mercado de oxígeno medicinal en los procesos de selección convocados por Essalud favorecían la implementación de una estrategia concertada, constituyen una pluralidad de indicios que, analizados en su conjunto, permiten inferir que se configuró

una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de reparto de mercado.

Para arribar a dicha conclusión, al igual que la primera instancia, la Sala ha analizado todas las explicaciones alternativas brindadas por las denunciadas para desvirtuar la existencia de la práctica de reparto de mercado imputada. Sin embargo, estas han sido descartadas por lo siguiente:

- (i) Las denunciadas alegaron que no se encontraban en capacidad de abastecer de manera rentable de oxígeno a EsSalud en zonas fuera de aquellas en las que típicamente abastecían. No obstante, no brindaron medios probatorios respecto de tal afirmación. Por el contrario, se verificó que durante el periodo investigado contaron con capacidad disponible de oxígeno para proveer a otras zonas.***

Adicionalmente, se verificó que las denunciadas se abstuvieron de participar o presentaron ofertas por encima del máximo legal permitido en procesos de selección para abastecer de oxígeno gaseoso en zonas en las que contaban con plantas de llenado y producción y, por tanto, donde gozaban de ventajas competitivas. Incluso se verificó que otras empresas —de menor capacidad y respaldo financiero— realizaron ofertas para el abastecimiento de oxígeno líquido en diferentes puntos del país, lo cual implicaría que dicho abastecimiento no habría resultado tan costoso como fue alegado por las recurrentes.

- (ii) El comportamiento previo al periodo investigado por parte de las empresas no pudo haber definido el patrón geográfico antes descrito. Por un lado, el haber abastecido a una zona no pudo haber explicado lo observado entre enero de 1999 y junio de 2004, puesto que existieron muchos casos en que las denunciadas cambiaron de puntos de atención. Así por ejemplo, se aprecia que, antes de dicho periodo, la zona centro fue abastecida por Aga S.A. casi en su totalidad para posteriormente ser atendida por Messer Gases del Perú S.A. durante el periodo investigado y luego de ello Aga S.A. retomó el abastecimiento de esta zona. A su vez, antes de 1999, Messer Gases del Perú S.A. proveía de oxígeno medicinal en algunos puntos de la zona norte y Lima.***

Por otro lado, el contar con tanques criogénicos instalados antes del periodo investigado tampoco podría haber definido el patrón observado. En particular, el contar con un tanque instalado en un punto de abastecimiento no necesariamente implicó una ventaja para las empresas. La razón es que EsSalud no se restringió a demandar oxígeno líquido solo en aquellos puntos donde las empresas contaban con tanques de almacenamiento, sino también en otros lugares en los

cuales las empresas debieron incurrir en costos de instalación adicionales dentro de la zona a la que abastecieron en este periodo.

- (iii) Las apelantes sostuvieron que las barreras a la entrada contenidas en las bases de EsSalud tales como: (i) abastecimiento conjunto de oxígeno líquido y gaseoso, (ii) obligación de abastecimiento a amplias zonas, (iii) alto puntaje por experiencia; y, (iv) cortos plazos para la instalación de tanques, explicaban su comportamiento en el mercado y limitaron en un primer momento el ingreso de nuevas empresas. Sin embargo, ello no habría impedido que las denunciadas compitan entre sí para lograr penetrar a zonas diferentes a las que tradicionalmente abastecieron durante el periodo investigado.**

La razón es que las imputadas cumplían con todos estos requerimientos formulados por la entidad convocante, los cuales solo representaron barreras a nuevas empresas o postores que contaban con menor capacidad de capitalización y no poseían plantas de producción o llenado en diversos puntos del territorio nacional.

Incluso durante la segunda etapa, con el incremento de las exigencias en las bases de EsSalud —las cuales si bien implicaron un aumento en costos no fueron determinantes para desincentivar el ingreso de nuevas empresas—, tales como el requerimiento de certificaciones o la inclusión de la fecha de vencimiento en cada cilindro, las denunciadas estuvieron dispuestas a abastecer a precios significativamente menores a aquellos observados en la primera etapa. En efecto, se ha verificado que dichas exigencias adicionales no impidieron que en algunos casos las denunciadas formulen ofertas por montos inclusive cercanos al mínimo legal permitido (70% del valor referencial).

- (iv) Como se mencionó en el punto (i) precedente, las denunciadas argumentaron que no era rentable ingresar a nuevas zonas por los supuestos costos de distribución elevados que se generarían. No obstante, este Colegiado ha verificado que posteriormente al periodo investigado las denunciadas incursionaron en nuevas zonas sin haber acreditado que se hubiese producido una reducción en sus costos de distribución. Praxair Perú S.R.L. indicó que pudo incursionar en otras zonas una vez que tuvo mayor disponibilidad de oxígeno, pese a que se verificó que a lo largo del periodo investigado contó con oxígeno suficiente para abastecer la demanda de EsSalud fuera de la zona sur y Lima. Aga S.A., por su parte, indicó que la reducción de precios de transferencia habría disminuido sus costos. Sin embargo, al no tratarse de reducciones efectivas en los costos de la empresa, sino de cambios en sus procesos internos, esto no justificaría su incursión a otras zonas. Finalmente, Messer Gases del Perú S.A. indicó que fue su**

estrategia de expansión la que determinó que decidiera incursionar en otras zonas. Pese a ello, no presentó medios probatorios de tal afirmación.

- (v) Las denunciadas justificaron la decisión de no participar en la Licitación Pública 0199L00051 convocada en julio de 2001, alegando que los valores referenciales establecidos en dicho proceso no reconocían el incremento en sus costos de producción. No obstante, según fue advertido por la propia EsSalud y por la Comisión, los cambios identificados en los costos vinculados a combustible y energía no justificaban la totalidad del aumento requerido por las empresas. Asimismo, las imputadas no presentaron información que permita sustentar la magnitud del incremento de costos alegado.**
- (vi) Las denunciadas señalaron que presentaron ofertas superiores a las válidas con la finalidad de comunicarle a EsSalud la necesidad de incrementar los valores referenciales. Sin embargo, se aprecia que a pesar de que la entidad incrementó los valores de referencia incluso a un nivel superior al requerido por las empresas, estas mantuvieron por lo general la estrategia de auto descalificación durante la primera etapa en las zonas donde no abastecieron típicamente. Asimismo, resulta cuestionable que dicha estrategia de señalización no se haya presentado durante la segunda etapa en que los precios se redujeron de manera significativa.**

Por lo tanto, del análisis conjunto de los indicios verificados en el presente procedimiento y dado que las explicaciones alternativas brindadas por las denunciadas fueron descartadas, este Colegiado considera que la única explicación posible a la conducta observada en el periodo investigado es que Praxair Perú S.R.L., Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A. realizaron una práctica concertada a fin de repartirse el mercado en los procesos de selección convocados por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso a nivel nacional, infracción de carácter continuado que se produjo durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004.

Al respecto, atendiendo a la modalidad de la infracción identificada, la importancia del producto en cuestión para la vida y la salud, el carácter continuado y la duración de la conducta, así como su alcance nacional, la Sala coincide con la Comisión en que la infracción detectada califica como MUY GRAVE. Asimismo, al momento de fijar el monto de la multa a imponer a las denunciadas, se tuvo en cuenta, entre otros factores, el beneficio extraordinario obtenido como consecuencia de la práctica de reparto de mercado y la probabilidad de detección de la infracción.

Finalmente, se CONFIRMA la Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI del 13 de agosto de 2010, emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en el extremo que impuso una multa de 3,836.82 UIT a Praxair Perú S.R.L. De otro lado, se MODIFICA la Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI en el extremo que impuso una multa de 1,333.90 UIT a Aga S.A. y de 578.98 UIT a Messer Gases del Perú S.A. y, reformándola, se impone una multa de 1,288.14 UIT para Aga S.A y de 493.84 UIT para Messer Gases del Perú S.A., en atención a las consideraciones expuestas en la presente resolución.

MULTA: Praxair Perú S.R.L. : 3,836.82 UIT
Aga S.A. : 1,288.14 UIT
Messer Gases del Perú S.A. : 493.84 UIT

Lima, 15 de julio de 2013

I ANTECEDENTES

1. El 7 de enero de 2003, el Seguro Social de Salud (en adelante, EsSalud)¹ hizo de conocimiento del Sistema Nacional de Control² que existían indicios de que las empresas Praxair Perú S.R.L (en adelante, Praxair), Aga S.A. (en adelante, Aga) y Messer Gases del Perú S.A. (en adelante, Messer) habrían concertado para realizar un reparto de mercado en el marco de las licitaciones públicas convocadas por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal durante los años 1999, 2000 y 2001. Conforme a la comunicación remitida, a través de la coordinación de sus propuestas, estas empresas se habrían repartido geográficamente el mercado de suministro de oxígeno medicinal en el país.
2. Mediante Oficio N° D-1672-2003 (GTN/MON) del 11 de noviembre de 2003, el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – Consucode³ remitió a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (antes Comisión de Libre Competencia y en adelante, la Comisión), información sobre los procesos de selección convocados por entidades del Estado (como el Ministerio de Salud o EsSalud) para la adquisición de oxígeno medicinal del periodo comprendido entre el año 2000 y el 2003.

¹ EsSalud es una institución pública de seguridad social, adscrita al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Para mayor información, ver: <http://www.essalud.gob.pe> y <http://www.peru.gob.pe/docs/estado.pdf>. (Consultado el 14 de abril de 2013).

² La Ley 27785 establece las normas que regulan el ámbito, organización, atribuciones y funcionamiento del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República como ente rector de dicho sistema y tiene como objeto promover el apropiado, oportuno y efectivo ejercicio del control gubernamental, para prevenir y verificar, mediante la aplicación de principios, sistemas y procedimientos técnicos, la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado.

³ Actual Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.

3. La Secretaría Técnica de la Comisión, en el marco de la investigación preliminar correspondiente, requirió a EsSalud⁴, al Ministerio de Salud (en adelante, el MINSA)⁵, Praxair⁶, Messer⁷, Aga⁸, Indura S.A. (en adelante, Indura)⁹ y al Congreso de la República, diversa información relacionada con los procesos de selección llevados a cabo para la adquisición de oxígeno medicinal.
4. El 12 de diciembre de 2006, con la finalidad de obtener mayores elementos de juicio, la Secretaría Técnica de la Comisión realizó visitas inspectivas en las oficinas de Praxair, Aga, Messer e Indura.
5. Mediante Resolución 003-2008-INDECOPI/CLC del 25 de enero de 2008, la Comisión resolvió iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra Praxair, Aga y Messer por presuntas prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de reparto de mercado, en los procesos de selección convocados por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso, a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004¹⁰; infracción tipificada en el artículo 6 del Decreto Legislativo 701, Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia (en adelante, el Decreto Legislativo 701)¹¹.
6. La Comisión adoptó su decisión al haber identificado, entre otros, los siguientes indicios:
 - (i) Las denunciadas obtuvieron la Buena Pro en zonas distintas a las de sus áreas de influencia, las cuales estaban determinadas por la ubicación de sus plantas de producción, las características del territorio

⁴ Oficio 025-2006/CLC-INDECOPI del 7 de abril de 2006.

⁵ Oficio 026-2006/CLC-INDECOPI del 6 de abril de 2006.

⁶ Carta 056-2006/CLC-INDECOPI del 7 de abril de 2006.

⁷ Carta 057-2006/CLC-INDECOPI del 6 de abril de 2006.

⁸ Carta 058-2006/CLC-INDECOPI del 7 de abril de 2006.

⁹ Carta 084-2006/CLC-INDECOPI del 28 de abril de 2006.

¹⁰ Cabe señalar que, Indura en la medida que no se habría visto beneficiada de los procesos de selección materia de investigación en el presente procedimiento, no fue imputada como presunto agente infractor.

¹¹ **Decreto Legislativo 701**

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.

Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

(...)

b) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;

(...)

nacional y las especificidades de los procesos de selección realizados por EsSalud.

- (ii) Se determinó, a partir del análisis de las adjudicaciones de la Buena Pro, que Aga proveía a la zona norte del país, Messer a la zona centro y Praxair a las zonas sur y Lima, con precios cercanos al 110% del valor referencial establecido por EsSalud. Paralelamente, las empresas perdedoras se auto descalificaban al ofertar precios superiores al 110% del valor referencial o se abstendían de participar en dichas zonas.
 - (iii) Las empresas investigadas poseían la suficiente capacidad de producción para satisfacer la demanda total de oxígeno de EsSalud.
 - (iv) Luego de cinco años, las empresas investigadas empezaron a adjudicarse la Buena Pro en nuevas zonas y a precios cercanos al 70% del valor referencial, lo que haría inexplicable su comportamiento previo consistente en restringir su abastecimiento a zonas específicas¹².
 - (v) Por tanto, con la finalidad de extraer el mayor excedente posible de EsSalud, las empresas investigadas habrían restringido la competencia entre ellas, manteniendo una zona específica de abastecimiento para cada una y auto descalificándose en las demás zonas.
7. Durante la investigación preliminar y el procedimiento administrativo sancionador, las empresas investigadas presentaron diversos escritos desarrollando sus argumentos de defensa. Al respecto, Praxair señaló como principales alegatos los siguientes¹³:
- (i) La presentación de ofertas superiores al 110% del valor referencial se debió a la implementación de una estrategia de señalización¹⁴, con la finalidad de indicar a EsSalud que los valores referenciales establecidos se encontraban por debajo de lo esperado.
 - (ii) La provisión de oxígeno industrial presenta ventajas frente a la provisión de oxígeno medicinal, relacionadas principalmente con una menor incertidumbre contractual, contratos de larga duración y menor costo de provisión. Por ello, la oferta de oxígeno medicinal es residual a la del

¹² En tal sentido, a criterio de la Comisión, dicho comportamiento posterior podría evidenciar que durante el periodo investigado las imputadas realizaron un reparto de mercado a fin de obtener ganancias extraordinarias que no les hubiera sido posible procurarse en un escenario de verdadera competencia.

¹³ De acuerdo a los escritos del 15 de mayo de 2006, 24 de marzo, 7 de mayo, 25 de setiembre de 2008, y 21 de mayo de 2009.

¹⁴ Al respecto, las denunciadas utilizaron el término *signalling*, el cual se encuentra referido a la realización de acciones destinadas a influenciar la percepción y, por ende, las decisiones de otros agentes. Ver: http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_S000129&q=signalling&topicid=&result_number=1. (Consultado el 3 de mayo de 2013)

oxígeno industrial, pues existen mayores márgenes de utilidad con la venta del oxígeno industrial que con la del medicinal.

- (iii) La caída del precio del oxígeno medicinal en los procesos de selección fue consecuencia de los cambios en las bases realizados por EsSalud, los cuales provocaron un incremento en el número de empresas competidoras.
 - (iv) La simultaneidad de los procesos de selección y su duración debilitaban la posibilidad de cualquier clase de acuerdo pues, ante el desvío de un involucrado, los otros no podrían reaccionar o realizar ninguna clase de castigo sino hasta el siguiente proceso.
 - (v) Siendo la empresa con mayor participación en el mercado, no tenía incentivos para compartir beneficios con otras empresas y, dado que operaba cerca al límite de su capacidad, solo le hubiera convenido realizar una práctica colusoria ante un precio muy alto.
 - (vi) El Índice de Herfindahl-Hirschman (*Herfindahl-Hirschman Index* o HHI)¹⁵ no reflejó la verdadera competencia existente en el mercado. No obstante, su reducción en el tiempo indicaba inequívocamente la desconcentración del mercado.
8. Por su parte, Aga señaló, como principales argumentos, los siguientes¹⁶:
- (i) La presentación de ofertas por encima del 110% del valor referencial se utilizó como mecanismo para informar a EsSalud la necesidad de incrementar los precios.
 - (ii) El mercado de análisis debería ser más amplio, considerando la sustituibilidad del oxígeno medicinal con el producido mediante el sistema PSA¹⁷, la alta posibilidad de abastecer otros mercados de las

¹⁵ El HHI es utilizado en los Lineamientos sobre Concentraciones Horizontales (Horizontal Merger Guidelines, disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.pdf>) de la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission) y del Departamento de Justicia (Department of Justice) de Estados Unidos. Se define como la suma de los cuadrados de las participaciones de todas las empresas que compiten en un mercado. Si el mercado posee un HHI inferior a 1500, este es considerado desconcentrado; mientras que si el HHI se ubica entre 1500 y 2500, el mercado es moderadamente concentrado; y, finalmente, si el HHI es superior a 2500, se trata de un mercado altamente concentrado. Así, por ejemplo, un mercado en el que concurren cuatro firmas: A, B, C y D; con cuotas de mercado de 30%, 30%, 20% y 20%, respectivamente, tiene un HHI de 2,600 ($900 + 900 + 400 + 400 = 2,600$) por lo que califica como un mercado altamente concentrado.

¹⁶ De acuerdo a los escritos del 19 de mayo de 2006, y 24 de marzo, 31 de julio y 15 de agosto de 2008.

¹⁷ El sistema PSA (*Pressure Swing Absorption*) consiste en un proceso cíclico de presión de varios tanques que contienen el material absorbente selectivo (tamiz molecular) y un montaje que contiene válvulas de fluctuación. Ver: <http://nzic.org.nz/ChemProcesses/production/1D.pdf>. (Consultado el 6 de mayo de 2013).

empresas que cuentan con el sistema ASU¹⁸ y la posibilidad de importar oxígeno medicinal en las condiciones requeridas por EsSalud.

- (iii) EsSalud influía directamente sobre las condiciones de compra al ser un consumidor monopsónico, pues tenía la posibilidad de establecer el precio de adquisición del oxígeno medicinal en un nivel distinto al que resultaría en un escenario de libre competencia.
- (iv) Las ventas de oxígeno medicinal representaban un bajo porcentaje de sus ingresos, lo cual fue común para las empresas que contaban con el sistema de producción ASU..

9. Messer indicó, como principales argumentos, los siguientes¹⁹:

- (i) El oxígeno industrial presenta un proceso productivo similar al del oxígeno medicinal, por lo que debería ser considerado dentro del mercado relevante. Asimismo, el mercado geográfico debería extenderse a todo el territorio nacional, dado que en todo el país es posible adquirir oxígeno de terceros.
- (ii) EsSalud representó el 8% del total de sus ventas, por lo que no sería un comprador de importancia. Adicionalmente, los precios ofrecidos en los procesos de selección no difirieron en más del 5% de los precios ofrecidos a los compradores industriales.
- (iii) El nivel de competencia en los procesos de selección fue determinado por EsSalud, mediante sus requerimientos. Por ello, una reducción de precios no implicaba que los precios anteriores hayan sido el resultado de una colusión entre competidores, sino que obedecían a un cambio en las condiciones impuestas por EsSalud.
- (iv) Existían dificultades para la realización de prácticas restrictivas de la competencia, debido a la existencia de asimetrías entre las empresas investigadas. En tal sentido, las empresas con menor participación (como Messer) enfrentarían menores costos de desviarse de un acuerdo.
- (v) La modalidad de subasta de sobre cerrado reduciría la probabilidad de llevar a cabo una concertación, pues eliminaría los mecanismos efectivos de supervisión y control.

¹⁸ El sistema ASU (*Air Separation Unit*) consiste en el filtrado y separación de los diferentes gases que conforman el aire, a fin de proveerlos de una forma pura. Se realiza mediante el enfriamiento y compresión de gases. Ver: <http://www.messergroup.cn/Products/down/LZAEnglisch.pdf>. (Consultado el 6 de mayo de 2013).

¹⁹ De acuerdo a los escritos del 15 de mayo de 2006, 25 de marzo, 7 de mayo, 22 de julio y 23 de julio de 2008, y 4 de diciembre de 2009.

- (vi) La homogeneidad del producto sería poco relevante para el supuesto de concertaciones destinadas al reparto de mercado, dado que el acuerdo no se centra en los precios o características del producto.
 - (vii) Tuvo dificultades para competir debido a que no contaba con una planta propia. Recién en el 2001, instaló su planta en la ciudad de Chimbote.
 - (viii) La Comisión se ha excedido de los plazos a los que está sujeto el presente procedimiento administrativo sancionador de acuerdo al Decreto Legislativo 1034 sin que se haya acreditado su responsabilidad, por lo que debía ser absuelta de los cargos imputados.
10. Mediante Informe Técnico 003-2010/ST-CLC-INDECOPI del 5 de marzo de 2010 (en adelante, el Informe Técnico), la Secretaría Técnica de la Comisión emitió su opinión sobre el presente procedimiento y recomendó a la Comisión lo siguiente:
- (i) Declarar fundado el procedimiento iniciado de oficio contra Praxair, Aga y Messer, por haber realizado una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de reparto de mercado, en los procesos de selección convocados por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso, a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004.
 - (ii) Sancionar a Praxair, Aga y Messer con multas equivalentes a 7,232.18 Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT), 1,946.41 UIT y 786.01 UIT, respectivamente, o al 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por cada una de estas empresas durante el ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión, el monto que resulte inferior.
11. El 13 de abril de 2010, Praxair presentó sus alegaciones al Informe Técnico, señalando lo siguiente:
- (i) No existe una correcta definición del mercado relevante, el cual debería incluir al oxígeno industrial dentro del análisis de sustituibilidad. Asimismo, con relación al mercado geográfico debió considerarse a la totalidad del territorio peruano.
 - (ii) El grado de competencia lo determinaría EsSalud, entidad que actuó inicialmente como un monopsonio ineficiente al diseñar procesos de selección que posteriormente corrigió.

- (iii) El diseño de los procesos de selección de EsSalud alentó a las empresas investigadas a permanecer en sus respectivas zonas tradicionales.
- (iv) En su Informe Técnico, la Secretaría Técnica de la Comisión no analizó la evolución de las inversiones de la empresa, lo cual sería un factor en atención al cual podrían haberse desvirtuado alguno de los presuntos indicios esbozados en su contra.
- (v) No es exacto afirmar que, a partir de la Licitación Pública (en adelante, LP) 0399L00091 de 2004-2005, todas las empresas hayan ganado en zonas donde antes no lo hacían pues, en su caso, solo participó fuera de su zona tradicional a partir de 2005 en Junín y en la LP 0599L00081 de 2006-2007, se adjudicó 11 ítems en zonas que antes no abastecía, 3 de forma exclusiva y 8 a prorrata con otras empresas.
- (vi) Casi la totalidad de sus clientes privados estuvieron en su zona tradicional de provisión, pues no estaba en condiciones de atender otras zonas.
- (vii) La empresa era libre de implementar una estrategia de señalización, la cual tuvo resultados positivos entre el primer y segundo proceso de selección.
- (viii) La Secretaría Técnica de la Comisión cambió su argumento sobre la necesidad de que existan dos o más postores para que se valide un proceso de selección por el de la auto descalificación como mecanismo de control del cartel.
- (ix) Al no ser necesario que participaran dos o más empresas para validar el proceso, el modo más sencillo de concertar hubiera sido que las otras denunciadas se abstuvieran de participar. Asimismo, la forma más sencilla de controlar el cumplimiento del cartel hubiera sido esperar y ver los resultados, resultando por tanto innecesaria la auto descalificación.
- (x) No se ha considerado que la disponibilidad de oxígeno medicinal depende de la demanda de oxígeno industrial y no necesariamente de la capacidad instalada o las redes de distribución. En particular, sus compromisos de largo plazo en el mercado industrial representaban más del 70% de la producción y limitaban su capacidad para atender la demanda de EsSalud.
- (xi) Se realizó un análisis errado de los siguientes factores: poder de compra, márgenes altos, barreras de entrada, economías de escala,

duración de contratos, asimetrías en tamaño, homogeneidad del producto, capacidad instalada y elasticidad de la demanda.

- (xii) El caso chileno²⁰ sobre oxígeno mencionado en el Informe Técnico de la Secretaría Técnica de la Comisión fue revocado por la Corte Suprema de ese país, mientras que el caso argentino²¹ se encontraba en dicho momento en apelación.
 - (xiii) La Secretaría Técnica de la Comisión se ha excedido del plazo de ley para la tramitación del presente procedimiento puesto que tomó más de 7 meses para realizar las labores de instrucción y más de 30 días para la emisión del Informe Técnico, vulnerándose así su derecho al debido procedimiento.
 - (xiv) La prescripción debe ser contada para cada proceso. La infracción continuada solo es aplicable si los presuntos miembros del acuerdo pueden anticipar las condiciones del mercado y estas dependen de EsSalud.
12. El 14 de abril de 2010, Aga presentó sus alegaciones al Informe Técnico, señalando lo siguiente²²:
- (i) Existen costos de difícil o imposible recuperación por atender una zona, por lo que hay una tendencia a mantener la misma zona y participar en otras solo por garantizar la presencia de la empresa.
 - (ii) No existe una correcta definición del mercado relevante, el cual debería incluir a todo el mercado nacional e incluso al oxígeno industrial.
 - (iii) El nivel de competencia lo determina EsSalud, entidad que actuó inicialmente como un monopsonio ineficiente al diseñar procesos de selección que posteriormente corrigió a fin de promover mayores condiciones de competencia.

²⁰ En Chile, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sancionó a las empresas Air Liquide Chile S.A., Indura S.A., Aga S.A. y Praxair Chile Limitada por la realización de prácticas concertadas al restringir la competencia en las compras estatales de oxígeno medicinal en el 2004. Al respecto ver Sentencia 43/2006. Disponible en: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_43_2006.pdf. (Consultado el 5 de mayo de 2013).

²¹ En Argentina, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante, la CNDC) sancionó a las empresas Praxair Argentina S.A., Air Liquide Argentina S.A., Aga S.A. e Indura Argentina S.A. por haber realizado prácticas concertadas entre 1997 y 2002 consistentes en el reparto de clientes y fijación de precios. Al respecto ver el Expediente 064-011323/2001 (C. 697) SB-EV/HS. Dictamen N 510. Disponible en: <http://www.mecon.gov.ar/cndc/conductas/oxigeno.pdf>. (Consultado el 24 de abril de 2013).

²² El 23 de abril de 2010, Aga remitió la versión no confidencial del documento denominado "Análisis del costo de producción y distribución del gas medicinal", anexo a su escrito de alegaciones al Informe Técnico.

- (iv) La empresa solo atendió la zona norte del país como resultado de su política comercial adoptada desde la década de los ochenta, aprovechando de esta manera sus ventajas competitivas.
- (v) Durante el primer periodo señalado en el Informe Técnico, la empresa se encontraba en una situación ventajosa en la zona norte del país, por lo cual podía presentar ofertas cercanas al 110%. Por el contrario, presentó ofertas superiores al 110% en otras zonas, pese a que sabía que sería automáticamente descalificada, pues quería demostrarle a EsSalud que estaba interesada en participar si cambiaban las condiciones.
- (vi) A partir de 2002, el comportamiento de la empresa cambió por las modificaciones que introdujo EsSalud en sus procesos de selección, lo cual favoreció el ingreso de nuevos competidores, así como por la reducción de sus costos.
- (vii) La política de la empresa durante los años 2005 y 2006 determinó que en su área de producción de oxígeno medicinal obtuviera resultados negativos en dicho periodo. En cambio, el comportamiento de la empresa durante el periodo investigado, consistente en atender solo las zonas tradicionales, fue correcto pues no le generó pérdidas.
- (viii) A partir del año 2006, los precios del oxígeno nuevamente se incrementaron, por lo que no es cierto que el inicio de la competencia en el 2004 haya producido una constante tendencia decreciente en el precio.
- (ix) El HHI disminuyó durante el periodo investigado.
- (x) La periodicidad anual de las convocatorias de EsSalud no favorecía a la empresa, pues genera incertidumbre sobre las inversiones a realizar en la zona adjudicada, dado que al siguiente año se podía perder la zona y, con ella, las inversiones realizadas.
- (xi) La Secretaría Técnica de la Comisión se ha excedido del plazo de ley, pues tomó más de 7 meses en la instrucción y más de 30 días en la emisión del Informe Técnico, vulnerando así su derecho al debido proceso.
- (xii) La Secretaría Técnica de la Comisión no ha analizado con objetividad la alta complejidad de la infracción investigada, a pesar de haber excedido los plazos establecidos. Además, el Informe Técnico ha utilizado los mismos argumentos que la Resolución 003-2008-INDECOPI/CLC, mediante la cual se inició el presente procedimiento sancionador.

- (xiii) Se ha vulnerado la presunción de inocencia. El retraso excesivo en la tramitación es prueba de que no se podía sustentar la imputación y de que se extendió el plazo para forzar la determinación de la infracción.
 - (xiv) La prescripción debe ser contada para cada proceso. La infracción continuada solo es aplicable si los presuntos concertadores pueden anticipar las condiciones del mercado y estas dependen de EsSalud.
13. Finalmente, el 14 de abril de 2010, Messer presentó sus alegaciones al Informe Técnico, señalando lo siguiente:
- (i) No presentó ofertas en todas las zonas de la LP 018-IPSS-98 de 1999, lo que descarta la hipótesis según la cual presentó ofertas en todas las zonas y se auto descalificó en las zonas no asignadas.
 - (ii) No podía participar en todas las zonas porque tenía su producción comprometida y no contó con planta propia sino hasta el año 2001.
 - (iii) Existen costos irrecuperables por atender una zona, por lo que hay una tendencia a mantener la misma zona y participar en otras solo por mantener la presencia de la empresa.
 - (iv) La Secretaría Técnica de la Comisión ha reconocido que las ventas de oxígeno a EsSalud no eran importantes.
 - (v) No resultaba lógico realizar la conducta imputada, pues los costos potenciales resultaban mayores que los beneficios potenciales. La posibilidad de ser detectado y sancionado desincentivaba la conducta.
 - (vi) No existe una correcta definición del mercado relevante, el cual debería incluir al oxígeno industrial y abarcar a todo el territorio nacional.
 - (vii) El nivel de competencia lo determina EsSalud, entidad que actuó inicialmente como un monopsonio ineficiente al diseñar procesos de selección que luego corrigió.
 - (viii) La Secretaría Técnica de la Comisión se ha excedido del plazo de ley, pues tomó más de 7 meses en la instrucción y más de 30 días en la emisión del Informe Técnico, por lo que se ha vulnerado su derecho al debido proceso.
 - (ix) La prescripción debe ser contada para cada proceso. La infracción continuada solo es aplicable si los presuntos concertadores pueden anticipar las condiciones del mercado y estas dependen de EsSalud.

14. Mediante Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI (en adelante, Resolución de Primera Instancia) del 13 de agosto de 2010, la Comisión declaró fundado el procedimiento sancionador iniciado de oficio contra Praxair, Aga y Messer, por haber realizado una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de reparto de mercado, en los procesos de selección convocados por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004.
15. Al respecto, la Comisión señaló lo siguiente:
- (i) El artículo 3 del Decreto Legislativo 701 señala que están prohibidos y constituyen infracciones administrativas sujetas a sanción, los actos o conductas relacionados con actividades económicas que restrinjan la libre competencia. Asimismo, el artículo 6 de dicha norma define a las prácticas restrictivas de la competencia o prácticas colusorias, como 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.
 - (ii) No es necesario encontrar una prueba directa para acreditar que determinadas empresas acordaron restringir la competencia, sino que basta con que los indicios y presunciones determinados por la autoridad de competencia permitan comprobar la existencia de una práctica concertada.
 - (iii) No se cuenta con pruebas directas de la existencia de un acuerdo de reparto de mercado entre las denunciadas, por lo que para evaluar la presunta colusión se recurrirá a los sucedáneos de los medios probatorios constituidos por los indicios o presunciones. Asimismo se utilizará la técnica del “*event-analysis*”²³ para evaluar el comportamiento de las denunciadas ante el cambio implementado por EsSalud en la forma de organizar su demanda de oxígeno medicinal a partir de la LP 0199L00052 de 2002-2003.
 - (iv) Contrariamente a lo señalado por las denunciadas, en los casos sobre prácticas colusorias no es necesario definir un mercado relevante, sino que para determinar la existencia de una infracción bastará con verificar

²³

Al respecto, el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos definen a los eventos como experimentos históricos fuera del control de las empresas investigadas mediante los cuales el mercado reacciona revelando parte de su estructura. (United States Department of Justice - DOJ).

Al respecto, ver: USDOJ & FTC. “*Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*”, 2006. Op. Cit.

En similar sentido ver: JOHNSON, Paul. “*Entry and exit event analysis*”. En: *Issues in Competition Law and Policy*, Vol 2. Capítulo 58. ABA Section of Antitrust Law, 2008. Pg. 1385.

que un grupo de agentes económicos competidores entre sí, realizó un acuerdo o práctica concertada.

- (v) Si bien EsSalud determinó sus modalidades de adquisición de oxígeno medicinal, la urgente necesidad de contar con dicho producto para la preservación de la vida y la salud de sus pacientes determina que su demanda sea inelástica²⁴.
- (vi) De acuerdo a las bases se aprecia que la demanda de EsSalud en los procesos de selección investigados es por un producto homogéneo, por lo que cualquier especificidad no contenida en las bases no califica como criterio para la determinación de posibles sustitutos²⁵.
- (vii) Considerando la naturaleza de los servicios que brinda EsSalud y la regularidad con que lleva a cabo sus procesos de selección, se puede afirmar que su demanda de oxígeno medicinal es continua en el tiempo y tiene una periodicidad anual, lo cual facilita la realización de una práctica colusoria²⁶, en especial si la realización de la conducta requiere de altas inversiones.
- (viii) Durante el periodo investigado las denunciadas presentaron capacidad instalada ociosa (no operaron al límite de sus respectivas capacidades productivas)²⁷, lo cual revelaría que habrían tenido capacidad para atender una mayor proporción de la demanda de EsSalud.
- (ix) De la labor instructiva realizada se identificó que durante el periodo investigado el comportamiento de las denunciadas se caracterizó por:

²⁴ A fin de ilustrar dicha afirmación de la Comisión tenemos que a nivel doctrinal se considera que la presencia de una demanda inelástica es un incentivo para la realización de conductas anticompetitivas, pues asegura mayores ingresos para los implicados, ya que la cantidad demandada no se ve afectada de manera significativa por cambios en precios. Por lo tanto, enfrentar una demanda inelástica es un escenario propicio para la realización de una práctica colusoria pues, ante incrementos en el precio, las cantidades demandadas no disminuyen, lo que representa mayores ingresos para los involucrados.

Al respecto ver: IVALDI, Marc; JULLIEN, Bruno; REY, Patrick; SEABRIGHT, Paul; y TIROLE, Jean. "The economics of tacit collusion". Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf. (Consultado el 3 de mayo de 2013).

²⁵ La presencia de un producto homogéneo también puede facilitar la realización de una práctica colusoria, pues disminuye el número de aspectos sobre los cuales los agentes involucrados deben coordinar. En efecto, reducir los aspectos sobre los que los concertadores deben ponerse de acuerdo reduce los costos de coordinación involucrados y facilita las acciones de supervisión y control entre los agentes.

Ver: BISHOP, Simon & WALKER, Mike. "Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement". 1999. Pg. 81-83.

²⁶ En tal sentido, la Comisión, en su pronunciamiento final señaló que la demanda susceptible de ser anticipada puede facilitar la realización de una práctica restrictiva de la competencia, pues elimina la incertidumbre sobre los beneficios futuros por la continuidad de la conducta. Así, las empresas involucradas en un acuerdo podrán tener mayor certeza sobre los beneficios esperados por la realización de la conducta.

²⁷ Al respecto, ver fojas 155, 230, 2179, 2345, 3348 del expediente.

- Obtener la Buena Pro en las mismas zonas desde la LP 018-IPSS-98 de 1999 hasta las Adjudicaciones de 2003-2004.
 - La estrategia de ofertar precios por encima del 110% del valor referencial o no participar en los procesos de selección de las zonas distintas a las que tradicionalmente abastecían, como se verifica en la LP 018-IPSS-98 de 1999, en la LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001 y en la LP 0199L00051 de 2001.
 - La estrategia de ofertar precios altos²⁸ desde la LP 018-IPSS-98 de 1999 hasta las Adjudicaciones de 2001-2002 y precios bajos²⁹ en la LP 0199L00052 de 2002-2003 y en las Adjudicaciones de 2003-2004, conservando cada empresa investigada la zona que tradicionalmente había venido abasteciendo desde la LP 018-IPSS-98 de 1999.
- (x) Los indicios y coincidencias antes descritos se encuentran debidamente acreditados, siendo que analizados en su conjunto permiten presumir la existencia de una práctica colusoria horizontal. En tal sentido, correspondía evaluar las explicaciones alternativas dadas por las denunciadas a fin de determinar si efectivamente se produjo una conducta anticompetitiva.
- (xi) Las denunciadas señalaron que el reparto geográfico no respondió a una práctica restrictiva de la competencia, sino que fue consecuencia del diseño ineficiente de los procesos de selección implementados por EsSalud. No obstante, la organización de dichos procesos no restringió la capacidad de las empresas investigadas de presentar ofertas en otras zonas (como ocurrió a partir de la LP 0399L0091 de 2004-2005), por lo que el presunto reparto geográfico diseñado por EsSalud no constituye una explicación alternativa a la existencia de un reparto de mercado. En tal sentido, lo observado a partir de la LP 0399L0091 de 2004-2005 habría demostrado que las empresas siempre se habrían encontrado en capacidad de abastecer zonas diferentes a aquellas a las que típicamente abastecían.
- (xii) Las denunciadas alegaron que la presentación de ofertas superiores al 110% del valor referencial respondía a una estrategia de señalización, a fin de indicar a EsSalud que el valor referencial era insuficiente para un abastecimiento rentable. Sin embargo, el Decreto Supremo 013-2001-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del

²⁸ En las LP, precios cercanos al 110% del valor referencial y, en las adjudicaciones, precios altos en relación al valor referencial del proceso de selección inmediato anterior.

²⁹ En la LP, precios iguales o cercanos al 70% del valor referencial y, en las adjudicaciones, precios bajos en relación al valor referencial del proceso de selección inmediato anterior.

Estado³⁰ preveía una etapa en la cual los postulantes podían comunicar a EsSalud su disconformidad y expectativas en relación con el valor referencial³¹. Asimismo, EsSalud³² tampoco utilizó las ofertas descalificadas como base para la estimación del valor referencial, por lo que se desvirtuó lo argumentado por las denunciadas.

- (xiii) Las denunciadas señalaron que no presentaron ofertas competitivas en zonas distintas a las que tradicionalmente ganaban porque: (i) resultaba muy costoso incursionar en otras zonas (por infraestructura y logística); y, (ii) no contaban con capacidad productiva disponible.
- (xiv) Con relación a los supuestos costos elevados, si bien el ganador de una licitación obtenía una ventaja competitiva (experiencia y ahorro en costos logísticos), dicha ventaja no pudo haber sido significativa ni excluyente pues a partir de la LP 0199L00052 de 2002-2003, las denunciadas redujeron sus precios y a partir de la LP 0399L00091 de 2004-2005, abastecieron otras zonas.
- (xv) Los cambios en los procesos de selección demostrarían lo siguiente: (i) las empresas siempre estuvieron en capacidad de abastecer a menores precios; y (ii) las imputadas siempre pudieron abastecer a zonas diferentes de las que tradicionalmente proveían.
- (xvi) Asimismo, se desvirtuó lo alegado por las denunciadas respecto a la falta de capacidad productiva disponible puesto que de la información que obra en el expediente estas siempre tuvieron capacidad productiva disponible hasta para cuadruplicar su oferta a EsSalud.
- (xvii) Las denunciadas señalaron que carecía de sentido la supuesta colusión respecto del oxígeno medicinal puesto que este producto no es importante para ellas o porque disponían de este luego de atender otros mercados. No obstante, la Comisión indicó que la importancia relativa de

30

DECRETO SUPREMO 013-2001-PCM. REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

Artículo 49.- Etapas del proceso.

El calendario de los procesos de selección contendrá las etapas siguientes, salvo las excepciones previstas en el presente Reglamento:

- a) Convocatoria;
- b) Venta de Bases;
- c) Presentación de consultas, absolución y aclaración de las Bases;
- d) Formulación de observaciones a las Bases e integración de éstas;
- e) Presentación y entrega de propuestas;
- f) Evaluación de propuestas; y,
- g) Otorgamiento de la Buena Pro.

(...)

(Norma vigente durante el periodo investigado).

31

Así, por ejemplo, ello podría llevarse a cabo a través de comentarios y observaciones a las bases.

32

Para mayor información, ver el escrito de EsSalud del 22 de mayo de 2006 (fojas 256 a 694).

un producto no condicionaba la posibilidad de que se produjera una práctica restrictiva de la competencia respecto del mismo.

- (xviii) Las denunciadas manifestaron que las diferencias entre los precios del oxígeno medicinal y los precios del oxígeno industrial demostrarían que no habría existido una práctica colusoria. Al respecto, la Comisión señaló lo siguiente: (i) la comparación entre dichos precios no es válida pues responden a dos mercados distintos; y, (ii) la existencia de precios diferentes en dos mercados distintos es natural en la economía y no elimina la posibilidad de que se hubiera realizado una práctica restrictiva de la competencia en uno de estos mercados.
- (xix) Si bien las denunciadas alegaron que la presunta conducta anticompetitiva no sería posible debido a la existencia de asimetrías que limitarían sus incentivos para restringir la competencia, dicha asimetría deja de ser relevante como desincentivo debido a que todas las imputadas estaban en capacidad de cumplir los requisitos establecidos en las bases de EsSalud, por lo que cualquiera de las competidoras podía ganar en cualquier proceso de selección.
- (xx) Las denunciadas indicaron que el incremento de cotizaciones verificado en la LP 0199L00051 de 2001 respondió a un incremento en los costos de provisión del oxígeno medicinal y no a una supuesta práctica anticompetitiva. No obstante, el incremento en costos no explicaría la totalidad del incremento en las cotizaciones. Asimismo, el precio ofertado por las empresas investigadas disminuyó en los procesos de selección posteriores, a pesar de que se mantuvieron las condiciones de la LP 0199L00051 de 2001 e incluso se añadieron nuevas condiciones.
- (xxi) Habiéndose descartado todos los argumentos de Praxair, Aga y Messer, y evaluando los indicios en su conjunto, la Comisión encontró que la única justificación posible a sus conductas en las licitaciones convocadas por EsSalud durante los años 1999 y 2004 es la realización de una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de reparto de mercado.
- (xxii) Contrariamente a lo señalado por las denunciadas, existió una infracción continuada al haberse verificado la concurrencia de los requisitos pertinentes para la aplicación de dicho supuesto, es decir: unidad de sujeto activo, pluralidad de acciones, pluralidad de violaciones de la misma ley u otra de naturaleza similar, proximidad temporal y espacial e identidad de resolución criminal.
- (xxiii) Habiéndose acreditado la comisión de la infracción imputada por parte de las denunciadas y aplicando el monto menor entre el beneficio ilícito

y el 10% de las ventas o ingresos brutos, se resolvió sancionar a Praxair, Aga y Messer con multas de 3,836.82 UIT, 1,333.90 UIT y 578.98 UIT, respectivamente.

16. El 15 de setiembre de 2010, Messer presentó un recurso de apelación señalando como principales argumentos los siguientes:
- (i) La infracción imputada y sancionada por la Comisión no calificaría como una infracción continuada puesto que no habrían existido varias infracciones con varias determinaciones criminales, sino que, en el supuesto negado de que exista una infracción, solo se podría hacer referencia a una única determinación criminal adoptada antes del año 1999, por lo que a la fecha de inicio de las investigaciones preliminares (año 2006) ya había prescrito.
 - (ii) Inclusive, en caso se considerase la existencia de una infracción continuada, la Comisión no acreditó que existiera una unidad de determinación criminal puesto que entre el primer y segundo periodo investigado, las condiciones del supuesto reparto de mercado habrían cambiado.
 - (iii) A diferencia de Aga o Praxair, en su caso no se verificaría el supuesto de hecho planteado por la Comisión, puesto que no se habría beneficiado del presunto reparto de mercado con adjudicaciones por el monto del 110% del valor referencial ofrecido por EsSalud.
 - (iv) Asimismo, a diferencia de las otras denunciadas, no siempre fue postor en todas las zonas ofrecidas por EsSalud en sus licitaciones, sino que habría enfocado sus postulaciones a la zona centro, en la cual se encontraba en mejores condiciones para proveer su servicio.
 - (v) En el año 1999, no contaba con una planta propia por lo que solo comercializaba el oxígeno producido en Lima y Pisco (por parte de Aga y Praxair). En atención a ello, adoptó la decisión de proveer de oxígeno únicamente a la zona centro requerida por EsSalud en sus licitaciones, ya que era la que menos demanda de oxígeno le requería.
 - (vi) Los precios que ofertó en la LP 018-IPSS-98 de 1999 son similares a los que cobró para proveer de oxígeno medicinal en Lima más los costos que implicaba el transporte a Huancayo, por lo que no existió beneficio extraordinario que hubiera sido resultado de un supuesto acuerdo anticompetitivo.

- (vii) Tanto Aga en la zona norte como Praxair en la zona sur y Lima tenían ventajas competitivas³³ por lo que le resultaba sumamente complicado y costoso competir con estas empresas en las licitaciones efectuadas por EsSalud en dichas zonas.
- (viii) El suministro de oxígeno medicinal implicaba realizar diversas labores complementarias³⁴ que constituían costos hundidos para la empresa que se adjudicara la Buena Pro, por lo que al haberse establecido en la zona centro le resultaba más rentable competir por mantener dicha zona que arriesgarse a participar en otras.
- (ix) No participó en la LP 01999L00051 de 2001, debido a que se incluyeron nuevos requerimientos a favor de EsSalud, los mismos que no se vieron reflejados en los valores referenciales asignados por dicha entidad.
- (x) Su decisión de abastecer zonas distintas a la zona centro en licitaciones posteriores se debió primordialmente a lo siguiente: (i) una mayor capacidad de inversión de la empresa; y, (ii) un mayor volumen de oxígeno disponible para la venta a terceros, que coincidentemente se produjo en el segundo periodo investigado, es decir, cuando habían mayores condiciones de competencia.
- (xi) A efectos de imponer una multa por la presunta infracción, la Comisión debió graduarla tomando en consideración solo el beneficio extraordinario que se habría obtenido de la licitación más cuantiosa y no la sumatoria de lo obtenido en todos los procesos de selección.
- (xii) Los valores tomados por la Comisión respecto a: (i) los precios competitivos para el primer periodo investigado; y, (ii) la probabilidad de detección de la infracción, no habrían sido debidamente determinados, afectando así la validez de la multa impuesta. Asimismo, la Comisión no tomó en cuenta la carga tributaria que pesaba sobre sus ingresos al momento de fijar la cuantía de la multa impuesta.
- (xiii) La Resolución de Primera Instancia resulta nula toda vez que no se pronunció respecto a la totalidad de los argumentos que esbozó a lo largo del procedimiento.

³³ En tal sentido, Messer señaló que Aga tenía en la zona norte ocho (8) sucursales en distintas ciudades como: Piura, Chiclayo, Trujillo, Chimbote y Talara por lo cual le resultaba más accesible satisfacer la demanda de la zona norte. Por otro lado, con relación a Praxair, señaló que esta empresa entró al mercado adquiriendo tres plantas productoras ubicadas en Lima y Pisco, por lo que le resultaba más eficiente abastecer la demanda de Lima y la zona sur.

³⁴ Al respecto, Messer indicó que el adjudicatario de la Buena Pro debía realizar ciertas inversiones que involucraban altos costos hundidos, tales como los siguientes: instalación y mantenimiento de un tanque criogénico estacionario en el local de consumo del oxígeno líquido, desarrollo de un programa de capacitación y entrenamiento para el personal de EsSalud, emisión de una carta fianza por el valor anual licitado como cumplimiento del contrato, elaboración de un programa logístico que garantice el abastecimiento permanente de todas las gerencias departamentales, entre otros.

- (xiv) La Resolución de Primera Instancia fue emitida en el marco de un procedimiento que ignoró todos los plazos procedimentales establecidos en el Decreto Legislativo 1034.
 - (xv) Finalmente, solicitó se conceda a sus representantes el uso de la palabra.
17. El 16 de setiembre de 2010, Praxair presentó un recurso de apelación señalando, entre otros, los siguientes argumentos:
- (i) La división geográfica alegada por la Comisión resulta compatible con un mercado competitivo en una industria con las características propias del oxígeno medicinal.
 - (ii) No se necesitaba la participación de más de un postor para que las licitaciones sean válidas, por lo que no resultaba necesario que las denunciadas realicen ofertas que se autodescalifiquen únicamente con la finalidad de validar los procesos de selección.
 - (iii) Los contratos de un año de duración ofrecidos por EsSalud y los precios que fijó no justificaban inversiones en capacidad productiva. De hecho, fue el incremento en la demanda por oxígeno industrial lo que motivó la realización de inversiones destinadas a expandir su capacidad productiva y que años más tarde le permitió incursionar en mercados geográficos diferentes a los de su área de influencia.
 - (iv) El mercado de oxígeno medicinal no puede ser analizado de manera aislada respecto al de oxígeno industrial, dado que la producción de ambos es conjunta por lo que el mismo bien puede dirigirse a cualquiera de los dos segmentos. Asimismo, la disponibilidad de oxígeno medicinal depende de la demanda de oxígeno industrial y no exclusivamente de la capacidad instalada de la planta de producción o de su red de servicio.
 - (v) La rentabilidad de proveer oxígeno en el mercado medicinal no solo depende de los precios ofrecidos en este mercado, sino también de la rentabilidad de proveer oxígeno en el mercado industrial o de poner en peligro la provisión de este último mercado.
 - (vi) No solo el proceso productivo del oxígeno requiere de inversiones altas. Para ser suministrado a los clientes finales en los puntos requeridos el oxígeno debe ser transportado, por lo que su capacidad de distribución constituye parte inseparable del análisis de su capacidad de ofertar en cualquier mercado.

- (vii) Existen altos costos de entrada en mercados que no corresponden al área natural de ubicación del productor. El abastecimiento de oxígeno líquido requiere la instalación de tanques criogénicos en las instalaciones del cliente, operación que solo se justifica cuando la demanda es lo suficiente grande y estable en el tiempo. De ahí que solo empresas de gran tamaño estén en condiciones de proveer oxígeno líquido, por lo que exigir como condición en los procesos de selección que el proveedor ofrezca oxígeno líquido y gaseoso constituía una barrera de entrada insuperable para las pequeñas productoras de oxígeno.
- (viii) La provisión de oxígeno gaseoso también requiere de un nivel de inversiones medianamente elevado pues se requiere tener un stock de cilindros de oxígeno permanentes disponibles y que deben ser reemplazados en caso de pérdida o desaparición. Para el caso de EsSalud el índice de hurtos y desapariciones de balones en su posesión es elevado y dicha entidad no se hace responsable, por lo que en muchos casos no se justifica incurrir en los costos de entrada al mercado pues luego no se contará con un plazo necesario para recuperar las inversiones.
- (ix) Al respecto, su capacidad de producción disponible se habría encontrado severamente limitada hasta el 2004 (es decir contó con poca capacidad ociosa), año a partir del cual tal capacidad disponible se incrementó como respuesta a una mayor demanda en el mercado industrial.
- (x) La escasa capacidad ociosa junto con las limitantes impuestas por su red de distribución restringieron su capacidad de incursionar en nuevos mercados durante el periodo de la supuesta concertación.
- (xi) No en todos los procesos se obtuvo la Buena Pro a un precio ascendente al 110% del valor referencial, puesto que inclusive en algunos casos resultó ganador con el 70% de dicho valor, es decir, al valor mínimo posible y, por tanto, sin obtener un beneficio extraordinario, por lo que carecía de sentido la realización de una práctica colusoria en tales condiciones.
- (xii) EsSalud poseía poder de mercado y lo usó para obtener condiciones más favorables que el resto de demandantes de oxígeno medicinal. En efecto, por un lado pagó precios sustancialmente menores que el resto de compradores durante todo el periodo de análisis. Por otro lado, impuso condiciones más exigentes que el resto de compradores de oxígeno medicinal, convirtiéndolas en barreras de acceso que en la

práctica impidieron que durante el primer periodo investigado pudieran presentarse más postores³⁵.

- (xiii) La presentación de ofertas superiores al 110% del valor referencial tiene una naturaleza económico-racional. En efecto, a través de dichas ofertas se pretendió informar a EsSalud que debía elevar el valor referencial asignado al oxígeno medicinal en sus licitaciones. Asimismo, si bien conforme señaló la Comisión, existían otros mecanismos para trasladar dicha información, ello no impediría que las denunciadas pudieran utilizar la estrategia de señalización para manifestar su disconformidad con el valor referencial.
- (xiv) Los hechos sostenidos por la Comisión no constituyen indicios razonables que acrediten la conducta imputada, pues no se encontraban adecuadamente sustentados y porque pueden tener varias explicaciones posibles, siendo las más razonables las que llevan a una conclusión distinta a la adoptada por la Comisión.
- (xv) La hipótesis de la Comisión respecto al supuesto acuerdo colusorio no podría explicar los siguientes aspectos fundamentales del caso:
- ¿Por qué presentó ofertas por encima del 110% del valor referencial en los tres primeros procesos adjudicados si ello no era necesario para validar dichas licitaciones?
 - ¿Por qué se mantendría en un acuerdo colusorio en el cuarto y quinto proceso de compra si en ellos ganó las licitaciones ofertando el mínimo valor posible (70%)?
 - ¿Por qué se mantiene abasteciendo solo Lima y la zona sur del país después de junio de 2004, cuando supuestamente ya habría cesado el acuerdo colusorio?
 - ¿Por qué en el resto del mercado de oxígeno medicinal, donde existen condiciones de competencia, cerca del 100% de sus ventas se concentraron en Lima y en la zona sur del país?
- (xvi) Por tanto, la Resolución de Primera Instancia resultaría nula por estar insuficientemente motivada y por vulnerar los principios de licitud y verdad material, efectuando una indebida aplicación de la teoría de la prueba indiciaria.

³⁵

En tal sentido, Praxair señaló que las supuestas barreras de entrada impuestas por EsSalud consistían en las siguientes: la exigencia de provisión conjunta de oxígeno líquido y gaseoso, la exigencia de proveer oxígeno en cuatro grandes zonas geográficas, el hecho de otorgar un mayor puntaje a las empresas que contasen con experiencia en el abastecimiento; y, las exigencias adicionales a la provisión misma del oxígeno (instalación de plantas vaporizadoras, mantenimiento preventivo y correctivo de la red de oxígeno, soporte técnico las 24 horas del día, suministro garantizado hasta en 30% por encima del monto contratado y la organización de programas de capacitación sin costo alguno para EsSalud).

- (xvii) Sin perjuicio de lo anterior, la infracción imputada y sancionada por la Comisión no califica como una infracción continuada dado que no existió una única resolución criminal, puesto que ello implicaría asumir que las denunciadas podían controlar las condiciones de las licitaciones, lo cual únicamente puede ser realizado por EsSalud.
18. El 16 de setiembre de 2010, Aga presentó un recurso de apelación señalando, entre otros, los siguientes argumentos:
- (i) Luego de tres (3) años de investigación y análisis, la Comisión no pudo encontrar una sola prueba directa que permita demostrar la existencia de la conducta que le fuera imputada.
 - (ii) La Comisión no sometió sus hipótesis a la denominada “prueba ácida” a la que hace referencia la Resolución 008-2010/CLC-INDECOPI³⁶ ni realizó un análisis contrafáctico de los hechos en los que basó su decisión. Por el contrario, decidió validar su hipótesis sobre la base de indicios, desconociendo la existencia de hipótesis alternativas para los hechos denunciados y afectando así su derecho al debido procedimiento al no haber motivado debidamente la Resolución de Primera Instancia.
 - (iii) El reparto geográfico durante el periodo investigado fue resultado de las altas barreras de entrada³⁷ que impuso EsSalud a través de las condiciones impuestas en las bases, lo que ocasionó *de facto* y sin que las empresas se pongan de acuerdo, una clara segmentación en el mercado.
 - (iv) Su presencia en la zona norte del país precede por mucho al periodo investigado y se explica íntegramente por razones comerciales y de posicionamiento estratégico. En efecto, con anterioridad al periodo investigado, de un total de seis sucursales, cinco de ellas se encontraban en las ciudades de Piura, Chiclayo, Trujillo, Chimbote y Talara, lo cual le permitía encontrarse en mejor posición para abastecer la demanda de EsSalud. Asimismo, también contaba con tanques instalados en determinados hospitales de la zona norte de EsSalud.

³⁶ En tal sentido en el fundamento jurídico 87 de la referida resolución se indicó que la aplicación de la prueba ácida implicaba la realización de un análisis contrafáctico, es decir, buscando otras posibles conclusiones que razonablemente puedan derivarse de los indicios detectados.

³⁷ Al respecto, Aga señaló, entre otras, las siguientes supuestas barreras de entrada que impuso EsSalud en sus bases de sus procesos de selección: a) división del territorio nacional únicamente en cuatro ítems durante la primera etapa; b) requerimiento conjunto de oxígeno líquido y gaseoso; c) exigencias técnicas y requerimientos de servicios complementarios al suministro de oxígeno que incrementaban considerablemente los costos que debían asumir los postores interesados; d) plazos contractuales muy cortos (de seis meses a un año de duración); y, e) plazos muy cortos para iniciar con el suministro de oxígeno medicinal.

- (v) Contrariamente a lo señalado por la Comisión, Aga sí reaccionó inmediatamente ante la flexibilización de los requisitos exigidos en las bases de la LP 0199L00052 de 2002-2003 y redujo los precios que incluía en sus ofertas.
- (vi) En tal sentido, la evolución en los precios ofertados durante el periodo investigado es consecuencia de las modificaciones en los procesos de contratación convocados por EsSalud.
- (vii) El esquema licitatorio de EsSalud durante el primer periodo investigado generó barreras de entrada en atención a las cuales las empresas participantes centraron su atención únicamente en las zonas que tradicionalmente abastecían, permitiéndoles así explotar sus ventajas competitivas mediante la presentación de ofertas equivalentes al 110% del valor referencial.
- (viii) Durante el primer periodo únicamente se ha verificado un paralelismo entre las conductas de las denunciadas, el cual por sí mismo no resulta sancionable.
- (ix) En el segundo periodo investigado, EsSalud introdujo diversas modificaciones en sus bases, las cuales redujeron³⁸ las barreras de entrada que enfrentaban los competidores que estaban interesados en ingresar a nuevas zonas, permitiendo así la existencia de mayores condiciones de competencia.
- (x) En atención a los cambios efectuados decidió reducir sus precios de competencia en el segundo periodo, los cuales equivalían al 100% del valor referencial y no al 110% como sucedía en el primer periodo.
- (xi) Dicha reducción de precios también fue aplicada por las otras empresas denunciadas en sus áreas de influencia, motivo por el cual resulta ilógico que en caso hubiera existido una colusión hubiesen acordado voluntariamente reducir sus márgenes de ganancia.
- (xii) Conforme ha sido acreditado por la propia Comisión, durante el segundo periodo investigado las denunciadas tuvieron diferentes estrategias de precios, siendo que se produjeron adjudicaciones por montos diversos como el 71, 85, 90 y 100% del valor referencial, actuación que resulta contradictoria con la existencia de un presunto acuerdo colusorio.

³⁸

En tal sentido, Aga señaló las siguientes modificaciones: (i) aumento del número de ítems (división del territorio nacional en 24 ítems y ya no en 4 como en la primera etapa), (ii) el valor otorgado a la experiencia técnica del postor se redujo, (iii) la eliminación del conocimiento de la zona geográfica como criterio de evaluación; y (iv) la aceptación de nuevas tecnologías al reducir la pureza mínima del oxígeno medicinal exigida.

- (xiii) La presentación de ofertas superiores al 110% del valor referencial tiene una naturaleza económico-racional. En efecto, a través de dichas ofertas se pretendió informar a EsSalud que debía elevar el valor referencial asignado al oxígeno medicinal en sus licitaciones. Asimismo, si bien conforme señaló la Comisión, existían otros mecanismos para trasladar dicha información, ello no evitaba que las denunciadas pudieran utilizar la presentación de ofertas como manifestación de su disconformidad con el valor referencial.
 - (xiv) Durante el segundo periodo se aprecia que los cambios en las condiciones licitatorias coincidieron con una modificación en la estructura de costos de la empresa, al haberse producido una reducción de uno de los principales costos de producción, como es el precio de transferencia³⁹, el cual pasó de representar el 80% del costo unitario a ser menos del 50%.
 - (xv) Los balances posteriores demostraron que la decisión de no ofrecer precios muy competitivos en aquellas zonas en las que tradicionalmente no atendía fue una estrategia comercial positiva.
 - (xvi) La Resolución de Primera Instancia fue emitida en el marco de un procedimiento que ignoró todos los plazos procedimentales establecidos en el Decreto Legislativo 1034.
 - (xvii) La infracción imputada y sancionada por la Comisión no calificaría como una infracción continuada, dado que no existió una única resolución criminal, puesto que ello implicaría asumir que las denunciadas podían controlar las condiciones de las licitaciones, lo cual únicamente puede ser realizado por EsSalud.
 - (xviii) Los valores tomados por la Comisión respecto a: (i) los precios competitivos para el primer periodo investigado; y, (ii) la probabilidad de detección de la infracción, no habrían sido debidamente determinados, afectando así la validez de la multa impuesta.
 - (xix) Finalmente, solicitó se conceda a sus representantes el uso de la palabra.
19. El 30 de noviembre de 2010, Messer presentó un informe elaborado por Apoyo Consultoría S.A.C., en el cual se realizó un estudio de economía

³⁹

De acuerdo con lo señalado por Aga a través del informe del CIUP recibido por la primera instancia el 14 de abril 2010, un precio de transferencia consiste en el valor al que la División de Gases de Aga le transfiere el oxígeno a la División Medicinal. Ello se debe a que el segmento medicinal e industrial comparten costos y la imputación de ellos depende de criterios internos establecidos por la propia empresa.

experimental con el que pretendería acreditar que los resultados observados en el mercado responderían a una situación competitiva y no a un acuerdo.

20. El 9 de diciembre de 2010, Messer presentó un informe elaborado por el Estudio Loli & García Caverio a través del cual complementó sus argumentos a fin de solicitar que se declare la prescripción de la infracción imputada por la Comisión.
21. El 15 de febrero de 2011, Praxair presentó un escrito reiterando los argumentos esbozados a lo largo del procedimiento.
22. El 27 de abril de 2011, Messer solicitó a la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) que se le conceda una reunión a fin de poder presentar sus argumentos.
23. El 17 de mayo de 2013, se llevó a cabo la reunión de la Secretaría Técnica de la Sala con la asistencia de los representantes de las denunciadas así como de la Secretaría Técnica de la Comisión.
24. El 11 de junio de 2013, se llevó a cabo la audiencia de informe oral con la presencia de los representantes de Praxair, Aga y Messer así como de la Secretaría Técnica de la Comisión.
25. El 18 de junio de 2013, Praxair presentó un escrito reiterando los argumentos presentados en el transcurso del procedimiento.

II CUESTIONES EN DISCUSIÓN

26. Luego de analizar el expediente y conforme los antecedentes expuestos se debe efectuar lo siguiente:
 - (i) Analizar la problemática de los acuerdos colusorios en el marco de las contrataciones estatales.
 - (ii) Precisar la normativa aplicable al presente caso.
 - (iii) Evaluar si corresponde declarar la prescripción de la conducta imputada a Praxair, Aga y Messer.
 - (iv) Determinar si existe algún vicio que afecte la validez de la Resolución de Primera Instancia.
 - (v) Evaluar la pertinencia de la aplicación de la prueba indiciaria.

- (vi) Determinar si Praxair, Aga y Messer realizaron una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de reparto de mercado y, de ser el caso, evaluar si se determinó correctamente la sanción aplicable.

III ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 La problemática de los acuerdos colusorios en el marco de las contrataciones estatales

27. Conforme se ha expuesto en los antecedentes de la presente Resolución, los hechos materia de controversia se encuentran referidos a una presunta práctica anticompetitiva realizada en el marco de los procesos de selección convocados por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso.
28. Tomando en cuenta ello, para la evaluación del presente caso se ha investigado la problemática de los acuerdos colusorios realizados en los procesos de contratación estatales, advirtiéndose que dichas prácticas anticompetitivas merecen en la actualidad una significativa preocupación por parte de las agencias de competencia de diversas partes del mundo, así como por organismos internacionales.
29. Lo descrito en el párrafo anterior se encuentra reflejado en los diversos estudios realizados a nivel internacional en atención a los cuales, entre otros, se han identificado los siguientes aspectos:
- (i) Los efectos nocivos que tienen estas prácticas en la economía de diversos países y las implicancias negativas directas que generan en el bienestar de los consumidores.
 - (ii) Patrones de conductas realizados por las empresas que representan indicios de la realización de un acuerdo colusorio⁴⁰.
 - (iii) Propuestas regulatorias a fin de detectar prácticas colusorias así como para promover la competencia en los procesos de selección⁴¹.
30. En tal sentido, en el año 2009, la Organización para la Cooperación Económica y Desarrollo (en adelante, OECD, por sus siglas en inglés⁴²)

⁴⁰ Dichos patrones de conducta representan criterios *ex post* sobre la base de los cuales las autoridades de competencia pueden orientar sus investigaciones a fin de detectar la existencia de acuerdos o prácticas colusorias.

⁴¹ Las medidas regulatorias a las que se hace referencia son orientaciones dirigidas a las entidades de la Administración Pública para que, *ex ante*, introduzcan mecanismos de competencia en sus procesos de selección a fin de evitar así la realización de prácticas anticompetitivas que deban ser sancionadas *ex post* por las autoridades de competencia.

⁴² Organisation for Economic Co-Operation and Development.

emitió el documento titulado *“Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas”*⁴³, en el cual evidenció su preocupación por las implicancias negativas de este tipo de prácticas, más aún en los países miembros de la OECD⁴⁴ en los cuales los gastos en compras estatales suelen representar el 15% del Producto Bruto Interno (PBI).

31. Por ello, en dicho documento la OECD señaló lo siguiente:

“El proceso competitivo puede generar menores precios o mejor calidad así como innovación sólo cuando las empresas compiten de verdad (es decir, establecen sus términos y condiciones con honestidad e independencia). La manipulación de licitaciones puede resultar especialmente dañina si afecta las adquisiciones públicas. Este tipo de conspiraciones desvía recursos de los compradores y los contribuyentes, disminuye la confianza del público en el proceso competitivo y socava los beneficios de un mercado competitivo.”

32. Posteriormente, en octubre de 2010, la OECD emitió el documento denominado *“Collusion and Corruption in Public Procurement”*⁴⁵ en el cual se analizaron las experiencias de diversos países en la lucha contra la corrupción y la colusión en las contrataciones estatales, basándose en la experiencia aportada por los siguientes países: Albania, Australia, Bangladesh, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Croacia, El Salvador, Francia, Gabón, Alemania, India, Indonesia, Irlanda, Israel, Japón, Corea, Letonia, Marruecos, México, Noruega, Pakistán, Papúa Nueva Guinea, Perú, Polonia, Rumania, Rusia, Singapur, República Eslovaca, Sudáfrica, Suecia, China, Túnez, Turquía, Reino Unido y Estados Unidos.

33. Debe señalarse que los lineamientos elaborados por la OECD han servido de insumo para que diversos países resalten la importancia de la detección y la sanción de los acuerdos colusorios que se realicen con ocasión de las contrataciones estatales. En tal sentido, se han identificado las siguientes experiencias:

- (i) En México, la OECD emitió el documento titulado *“Combate a la colusión en los procedimientos de compras públicas del IMSS”*⁴⁶.

⁴³ Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf> . (Consultado el 13 de mayo de 2013).

⁴⁴ Los países miembros de la OECD son: Australia, Bélgica, Chile, Dinamarca, Alemania, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Canadá, Corea del Sur, Luxemburgo, México, Nueva Zelanda, Holanda, Noruega, Austria, Polonia, Portugal, Suecia, Suiza, República Eslovaca, Eslovenia, España, República Checa, Turquía, Hungría, Reino Unido y Estados Unidos. Información tomada de: <http://www.oecd.org/centrodemexico/paisesmiembros.htm>. (Consultado el 13 de mayo de 2013).

⁴⁵ La traducción de dicho documento es *“Colusión y Corrupción en Adquisiciones Públicas”*, disponible en <http://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>. (Consultado el 14 de mayo de 2013).

⁴⁶ El IMSS es el Instituto Mexicano de Seguridad Social. Disponible en: http://www.oecd.org/mexico/IMSS%20Report_Spanish_FINAL.pdf. Pg. 20. (Consultado el 13 de mayo de 2013). En tal sentido, en este se señaló lo siguiente:

- (ii) En Chile, la Fiscalía Nacional Económica publicó el documento titulado *“Compras públicas y libre competencia”*⁴⁷.
- (iii) En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio emitió el documento titulado *“Guía práctica para combatir la colusión en licitaciones”*⁴⁸.
- (iv) En España, la Comisión Nacional de la Competencia publicó su *“Guía sobre Contratación Pública y Competencia”*⁴⁹.

“(…) aparte de quitarles recursos a terceros (y en definitiva a los contribuyentes en el caso de compras públicas), estas prácticas desalientan la entrada de rivales, disminuyen la confianza pública en el proceso competitivo y socavan los beneficios de un mercado competitivo.

“(…) el IMSS se comprometió con la OCDE a adoptar e implementar las Guías del Comité de Competencia de la OCDE para Combatir la Colusión en Compras Públicas. (...) Estas medidas, (...) promoverán la competencia en las compras públicas y permitirán que el IMSS obtenga una mejor relación calidad-por el dinero de sus adquisiciones en beneficio de sus cuentahabientes y, a la larga, de los contribuyentes mexicanos.”

⁴⁷ Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/Material-de-Promoci%C3%B3n-1-Compras-p%C3%BAlicas-Abr2011.pdf>. Pg. 2. (Consultado el 13 de mayo de 2013). En tal sentido, en dicho documento se mencionó lo siguiente:

“En Chile, las contrataciones públicas de bienes y servicios representan un porcentaje en torno al 6% del Producto Interno Bruto (PIB). A través de la plataforma de Mercado Público, durante el año 2009, se verificaron transacciones por US\$6.193 millones, cifra que representa en torno al 3,5% del PIB. Gran parte del 2,5% del PIB restante corresponde a contrataciones en el sector de las obras públicas.

“(…) Considerando lo anterior, la FNE ha elaborado este nuevo material de promoción, el cual está dirigido de manera principal (aunque no exclusiva) precisamente a compradores del sector público. Nuestro propósito es poner a disposición de estos agentes pautas generales que, a nuestro juicio, apoyan el cumplimiento del D.L. N° 211 y minimizan los riesgos a la competencia derivados de sus actuaciones. En la elaboración de este material hemos puesto especial atención a la importancia de las compras públicas para la economía nacional y a la invaluable contribución que, dado su rol, pueden desempeñar todos los encargados de las compras públicas en la promoción de la competencia en sus respectivos mercados.”

⁴⁸ Disponible en: http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf. Pg. 9. (Consultado el 13 de mayo de 2013). Al respecto, debe señalarse que en dicho documento se señaló lo siguiente:

“La colusión no es una conducta que afecta solamente a los demás oferentes que no participaron en un acuerdo colusorio, sino que consecuentemente tiene un impacto directo en el mercado al incrementar los precios de los bienes y servicios contratados, generando así desequilibrios en el gasto público. En efecto, los contratos estatales representan valiosas oportunidades de negocios para cualquier particular. Esta característica los hace nichos propicios para la colusión en virtud del tamaño de las contrataciones, los montos involucrados y la complejidad en la normatividad. Según estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), las adquisiciones del sector público representan hasta el 15% del Producto Interno Bruto (PIB), lo que convierte a la contratación pública en un componente importante de la actividad económica de cualquier país, y hace a su vez urgente y necesario el diseño de políticas orientadas a la disminución y detección de la colusión en las licitaciones públicas”.

⁴⁹ Disponible en: http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=53021&Command=Core_Do wnload&Method=attachment. Pg. 4. (Consultado el 13 de mayo de 2013). En tal sentido, en dicho documento se mencionó lo siguiente:

“El objetivo perseguido es fomentar la competencia en los procesos de contratación pública, a través de dos vías. Por un lado, la Guía ofrece pautas para que en el diseño, desarrollo y ejecución de procedimientos de contratación no se introduzcan restricciones injustificadas a la competencia, y por otro, proporciona orientaciones para prevenir o evitar actuaciones colusorias por parte de los licitadores, en línea con las recomendaciones de organismos internacionales como la OCDE.

“(…) La competencia entre los licitadores es la manera de asegurar que las entidades del sector público, y la sociedad en última instancia, se benefician de las mejores ofertas en términos de precio, calidad e innovación de los bienes o servicios finalmente contratados. Unas condiciones de competencia deficientes conllevan un mayor esfuerzo económico para las entidades del sector público que contratan bienes y servicios y por tanto para los ciudadanos.

34. En similar sentido, en junio de 2010, la Generalitat de Catalunya publicó el documento titulado “*Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública*”⁵⁰, en el cual señaló lo siguiente:

“La experiencia de otros países indica que la colusión o la competencia fraudulenta en el ámbito de la contratación pública es frecuente. Una encuesta realizada por la Comisión de Contratación Pública de Suiza revela que el 50% de las empresas participantes en licitaciones públicas han estado involucradas en conductas colusorias.

En Indonesia, aproximadamente el 50% de las 450 resoluciones de la autoridad de defensa de la competencia han sido relacionadas con cárteles en el ámbito de la contratación pública. En los Países Bajos, la autoridad de defensa de la competencia ha sancionado 1.200 empresas constructoras por haber desarrollado un cártel institucionalizado en la contratación pública. En Corea, el 22% de los cárteles sancionados por la autoridad de defensa de la competencia cooperaba en la contratación pública con unas multas que representaban el 39% de la suma total impuesta a cárteles. En Japón, el año 2005, las autoridades de competencia instruyeron 13 casos relacionados con el bid-rigging con un total de 473 empresas implicadas.”

35. Por su parte, en abril de 2012, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés⁵¹) emitió el documento titulado: “*La política de la competencia y las adquisiciones del sector público*”⁵², en el cual señaló su preocupación al respecto resaltando lo siguiente:

“Los Estados necesitan comprar bienes y servicios para realizar las funciones que les corresponden. Por ejemplo, necesitan adquirir mobiliario, máquinas y material para las escuelas y los hospitales públicos o contratar servicios de construcción de carreteras y otras infraestructuras. Puesto que los recursos públicos son limitados, el Estado tiene interés en adquirir bienes y servicios de calidad satisfactoria al menor precio posible. Para ello, los procedimientos de contratación pública han de fomentar la competencia por los contratos públicos con el fin de que los fondos públicos se utilicen con la mayor eficiencia.

Habida cuenta de la importancia económica de la contratación pública, la competencia por los contratos públicos no solo protege los intereses financieros del Estado adjudicador, sino que también garantiza oportunidades económicas a los licitadores.

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

⁵⁰ Documento disponible en: http://www20.gencat.cat/docs/economia/ACCO/Documents/Arxiu/guia_prev_det_colusio_contractacio_publica_esp.pdf. Pg. 5 y 6. (Consultado el 13 de mayo de 2013)

⁵¹ United Nations Committee of Trade and Development.

⁵² Documento disponible en: http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ciclpd14_sp.pdf. Pg. 3. (Consultado el 14 de mayo de 2013).

De hecho, los datos apuntan a que las adquisiciones del sector público pueden llegar a representar entre el 25% y el 30% del PIB en los países en desarrollo y alrededor del 15% del PIB en los países de la OCDE.”

36. Adicionalmente a la elaboración de estudios e informes, la persecución de las colusiones en procesos de contratación estatales se ha venido reforzando a través de la emisión de resoluciones sancionadoras por diversas autoridades de competencia en el mundo.
37. Así, por ejemplo, en marzo de 2013, la Comisión Nacional de la Competencia de España sancionó una práctica colusoria horizontal consistente en la fijación de precios y en el reparto de clientes en las licitaciones para la adquisición de sobres de papel en todo el territorio español, la cual se realizó desde el año 1977 hasta el año 2010⁵³. En dicho caso, la multa impuesta fue de aproximadamente US\$ 56 millones.
38. En junio de 2010, la Comisión Federal de Competencia de México sancionó con una multa aproximada de US\$ 11.6 millones a seis laboratorios por haberse coludido durante los años 2003 a 2006 en las licitaciones efectuadas por el Instituto Mexicano de Seguridad Social para la adquisición de medicamentos de suma relevancia para su actividad, tales como insulina (medicamento esencial para el tratamiento de la diabetes), sueros inyectables, entre otros⁵⁴.
39. Asimismo, en setiembre de 2009, la Oficina de Libre Competencia del Reino Unido (en adelante, OFT, por sus siglas en inglés⁵⁵) impuso una multa de aproximadamente US\$ 192 millones a un cartel compuesto por 103 empresas del sector construcción por haberse coludido en el marco de los procesos de contratación estatal para la realización de obras públicas⁵⁶.
40. Sin perjuicio de la jurisprudencia mencionada, debe señalarse que el segmento de oxígeno medicinal, respecto al cual se circunscribe la presente controversia, ha sido materia de numerosos pronunciamientos por autoridades de competencia en distintas partes del mundo.
41. En tal sentido, en el año 2010, el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) del Brasil, impuso multas por un total aproximado de US\$

⁵³ Dicho pronunciamiento fue emitido en el marco del Expediente S/0316/10, *Sobres de papel*. La conducta imputada fue la de: “...acuerdos y conductas concertadas de fijación de precios y reparto de las licitaciones de sobres pre-impresos para procesos electorales y para los partidos políticos, de reparto de los sobres pre-impresos corporativos para grandes clientes, de fijación de precios del sobre blanco, y de limitación tecnológica en el mercado del sobre de papel en todo el territorio nacional”.

⁵⁴ El mencionado pronunciamiento fue emitido en el marco del Expediente RA-019-2010.

⁵⁵ Office of Fair Trading.

⁵⁶ Dicho pronunciamiento fue emitido en el marco del Expediente CE/4327-04.

1,700 millones a las siguientes empresas: Linde Gases (empresa perteneciente al mismo grupo empresarial de Aga); White Martins Gases Industriais (empresa perteneciente al mismo grupo empresarial de Praxair); Air Liquide Brasil; Air Products Brasil; e Industria Brasileira de Gases, por la realización de prácticas colusorias en el marco de los procesos de compra pública de oxígeno medicinal⁵⁷.

42. A su vez, en el año 2008, la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia de Panamá sancionó a Aceti-Oxígeno S.A. y Distribuidora de Gases Industriales S.A. con una multa de US\$ 100,000 –la multa máxima permitida en dicho país– por haberse coludido en el marco de una licitación realizada para la adquisición de oxígeno medicinal⁵⁸.
43. En el año 2005, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina sancionó a Praxair Argentina S.A, Air Liquide Argentina S.A. (empresa perteneciente al mismo grupo empresarial de Messer), Aga S.A. e Indura Argentina S.A. con una multa de aproximadamente US\$ 21 millones por haber realizado una práctica colusoria durante cinco (5) años a fin de repartirse los clientes en el marco de las contrataciones públicas de oxígeno medicinal⁵⁹.
44. Por otro lado, en julio del 2002, la Comisión Europea impuso una sanción ascendente a US\$ 33 millones a las siguientes empresas: Aga AB, Air Liquide BV, Air Products Nederland BV, BOC Group Plc, Messer Nederland BV, NV Hoek Loos y Westfalen Gassen Nederland BV, por haber realizado prácticas de reparto de mercado en las licitaciones públicas realizadas en Holanda para la adquisición de oxígeno medicinal⁶⁰.
45. Adicionalmente, debe señalarse que existieron otros casos referidos a la realización de prácticas anticompetitivas en países como Chile⁶¹ y Colombia⁶²,

⁵⁷ La referida sentencia se encuentra siendo controvertida en el Poder Judicial brasileiro.

⁵⁸ Dicho pronunciamiento fue confirmado por la segunda instancia administrativa mediante Resolución A-042-08 del 1 de agosto de 2008. Actualmente se encuentra en evaluación en el Poder Judicial panameño.

⁵⁹ Dicho pronunciamiento ha sido confirmado en primera instancia por el Poder Judicial argentino.

⁶⁰ Este pronunciamiento se encuentra firme.

⁶¹ Mediante Sentencia 43/2006, emitida el 7 de setiembre de 2006, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile sancionó con aproximadamente US\$ 2.5 millones a Air Liquide Chile S.A., Indura S.A., Aga S.A. y Praxair Chile S.A., por haberse coludido para hacer fracasar un proceso de selección convocado en el año 2004, no obstante posteriormente dicho pronunciamiento fue revocado por el Poder Judicial chileno. Cabe resaltar que en los siguientes apartados se brindará mayores alcances respecto de esta Sentencia del Poder Judicial chileno.

⁶² Mediante Resolución 18747 de 2011, emitida el 31 de marzo de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a Fábrica de Oxígeno S.A. (empresa perteneciente al mismo grupo empresarial que Aga), Oxígeno de Colombia S.A. (empresa perteneciente al mismo grupo que Praxair) y a Gases Industriales de Colombia S.A. con una multa aproximada de US\$ 81,000 por haberse coludido para impedir el ingreso de nuevos competidores al mercado de oxígeno medicinal. Dicho pronunciamiento se encuentra actualmente en evaluación ante el Poder Judicial colombiano.

los cuales se encontraron vinculados a la provisión de oxígeno medicinal para hospitales públicos.

46. Para el caso peruano, las contrataciones públicas para el año 2012 representaron aproximadamente el 14% del Producto Bruto Interno⁶³, representando así un aproximado de S/. 33,803.57 millones.
47. Las contrataciones públicas en el Perú se encuentran regidas por el Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, norma que tiene como objetivo primordial el de maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realice la Administración Pública, de manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad⁶⁴.
48. Debe resaltarse que uno de los principios que rigen las contrataciones con el Estado peruano es el de libre competencia y concurrencia, recogido en el artículo 4 de la mencionada ley, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 4.- Principios que rigen las contrataciones

Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público:

(...)

c) Principio de Libre Concurrencia y Competencia: En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.”

49. De lo anterior se aprecia que, tal como sucede en otros países, en el caso peruano las compras estatales representan una parte importante del gasto efectuado por la Administración Pública. Por ello, se ha diseñado un marco regulatorio que permita evitar la realización de prácticas anticompetitivas y que favorezca la promoción de la competencia en dichos procesos. Ello en el entendido de que un sistema de compras públicas idóneo implicará un ahorro en los gastos estatales y una mejora en el bienestar de los consumidores.
50. Por lo tanto, en la presente Resolución se deja constancia de la especial preocupación que despierta la realización de prácticas anticompetitivas realizadas con ocasión de los procesos de contrataciones estatales, ello

⁶³ Información tomada del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Disponible en: http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Publicacion/Inf_Reportes/2012/Consolidado%20dicimbre%202012%20Preliminar.pdf. (Consultado el 20 de mayo de 2013)

⁶⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1017. LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.**

Artículo 2.- Objeto

El objeto del presente Decreto Legislativo es establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios señalados en el artículo 4 de la presente norma.

debido, entre otros, a las siguientes consecuencias negativas de dichas prácticas:

- (i) Implican un gasto ineficiente de los fondos públicos, ocasionando así que se paguen precios elevados artificialmente. Este incremento de gastos desvía los escasos fondos públicos de usos alternativos orientados al cumplimiento de las necesidades esenciales de la colectividad.
 - (ii) Lo anterior se agrava cuando el objeto de la contratación estatal se encuentra referido a un bien de suma relevancia para la población y que podría poner en riesgo su salud. En particular, estas prácticas pueden ocasionar un perjuicio mayor cuando comprometen el abastecimiento medicinal en los hospitales estatales.
 - (iii) Afectan la dinámica del proceso competitivo y distorsionan las condiciones del mercado, evitando así el ingreso o la permanencia de otros agentes económicos.
51. Finalmente, cabe indicar que en el presente caso no solo se evaluará si se configura una presunta vulneración al proceso competitivo –en tanto bien jurídico–, sino que también se considerará, de ser el caso, si podría haberse afectado la labor prestacional de salud por parte del Estado, la cual constituye una actividad social de suma trascendencia para la colectividad. Por tanto, corresponde a la Sala analizar los hechos y argumentos esbozados por las partes y que obran en el expediente para determinar si se configura una práctica anticompetitiva.

III.2 Normativa aplicable al presente caso

52. De conformidad con el artículo 103 de la Constitución Política del Perú⁶⁵, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes desde su entrada en vigencia y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo.

⁶⁵

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho.

53. Con relación a la potestad sancionadora de la Administración, el artículo 230 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁶⁶, establece que deberán aplicarse las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de incurrir el administrado en la conducta pasible de ser sancionada, salvo que las normas posteriores le resulten más favorables.
54. De lo anterior se desprende que la norma aplicable al presente procedimiento administrativo sancionador es el Decreto Legislativo 701⁶⁷, toda vez que la conducta investigada se habría realizado durante la vigencia de dicha norma.
55. Sin perjuicio de ello, en atención a lo dispuesto por la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁶⁸, las disposiciones de naturaleza procesal de esta última norma resultan aplicables al presente procedimiento⁶⁹.

III.3 Sobre la prescripción extintiva invocada por las denunciadas

56. De acuerdo con Zegarra Valdivia, la aplicación de la figura de la prescripción implica *“una renuncia del Estado al derecho de castigar basada en razones de política criminal aunadas por el transcurso del tiempo, cuya incidencia es que la propia Administración considere extinta la responsabilidad de la conducta infractora, y por consiguiente de la sanción”*⁷⁰. En similar sentido, Morón Urbina indica que la consecuencia de la aplicación de la prescripción es que torna incompetente en razón del tiempo al órgano sancionador (en este caso, a la Comisión y/o a esta Sala) para abrir o proseguir con el procedimiento⁷¹.
57. De la revisión de los recursos de apelación de las denunciadas se aprecia que estas han solicitado, bajo diversos fundamentos, que se declare la

⁶⁶ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

⁶⁷ Norma que prohibía y sancionaba las conductas anticompetitivas y que estuvo vigente hasta el 24 de julio de 2008.

⁶⁸ Norma que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas y que está vigente desde el 25 de julio de 2008.

⁶⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Disposición Complementaria Transitoria

Única.- Aplicación de la presente Ley a los procedimientos en trámite.-

Las disposiciones de la presente Ley de naturaleza procesal se aplicarán a los procedimientos en trámite bajo el Decreto Legislativo N° 701, en la etapa en que se encuentren.

⁷⁰ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *“La figura de la prescripción en el ámbito administrativo sancionador y su regulación en la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General”*. Publicado en: Revista de Derecho Administrativo N° 9. Editada por la Asociación Círculo de Derecho Administrativo. Pg. 207.

⁷¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *“Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”*. Editorial Gaceta Jurídica. Novena edición. 2011. Lima. Pg. 738.

prescripción total y/o parcial de la conducta investigada en el presente procedimiento.

58. Al respecto, Messer señaló que la conducta investigada no califica como una infracción continuada puesto que, en caso hubiera existido una práctica anticompetitiva, esta se habría consumado con la adopción de un único acuerdo que debió haber sido tomado antes de enero de 1999 (inicio del periodo investigado⁷²). Por tanto, sostiene que a la fecha de inicio de las investigaciones preliminares (año 2006), la facultad de la Comisión para investigar y sancionar la presunta práctica anticompetitiva ya había prescrito, conforme lo establecen el artículo 24 del Decreto Legislativo 701⁷³ y el artículo 233 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁷⁴.
59. Adicionalmente, Messer indicó que aun si se considerara que existieron diversos acuerdos colusorios bajo la figura de la infracción continuada, la Comisión no acreditó que existiera una unidad de determinación criminal, requisito indispensable a fin de sustentar la calificación de la conducta imputada como tal. Por ello, debía considerarse que cada licitación o adjudicación investigada sería una infracción independiente, por lo que la facultad sancionadora de la Comisión habría prescrito respecto de las conductas investigadas desde enero de 1999 hasta setiembre de 2001.
60. Por otro lado, Praxair y Aga señalaron que la conducta investigada y sancionada por la Comisión no califica como una infracción continuada dado que resulta imposible hablar de la existencia de una unidad de resolución criminal, puesto que ello implicaría asumir que las empresas investigadas podían controlar las condiciones de las licitaciones, lo cual únicamente puede ser realizado por EsSalud. Por ende, a su criterio, la presunta infracción habría prescrito.
61. A fin de evaluar los argumentos formulados por las denunciadas resulta necesario en primer lugar determinar el marco normativo aplicable a la

⁷² En adelante, se considerará como "periodo investigado" al periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004.

⁷³ **DECRETO LEGISLATIVO 701. DECRETO LEGISLATIVO CONTRA LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, CONTROLISTAS Y RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA**
Artículo 24.- Las infracciones a la presente Ley prescribirán a los cinco (5) años de cometida la infracción. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Comisión o de la Secretaría relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable

⁷⁴ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**
Artículo 233.- Prescripción
233.1 La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción. En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años.
233.2 El cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido o desde que cesó, si fuera una acción continuada.
(...)

prescripción en los procedimientos sancionadores de prácticas anticompetitivas.

62. Posteriormente, deberán analizarse las características que debe reunir una conducta para constituir una infracción continuada; para finalmente determinar si la conducta imputada califica como tal o, por el contrario, amerita la declaración de prescripción solicitada por las denunciadas.

III.3.1 La figura de la prescripción en los procedimientos sancionadores por prácticas anticompetitivas

63. El artículo 24 del Decreto Legislativo 701⁷⁵ establecía que la facultad de la Comisión para investigar y sancionar la realización de conductas anticompetitivas prescribía a los cinco (5) años de cometida la presunta infracción.
64. Asimismo, el artículo 233 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁷⁶ aplicable supletoriamente al presente procedimiento⁷⁷, señala que el cómputo del plazo de prescripción se inicia a partir del día en que la infracción se hubiera cometido o desde que cesó, si fuera una acción continuada⁷⁸.
65. De las normas antes citadas se desprende que, a fin de computar el plazo de prescripción aplicable en los procedimientos administrativos sancionadores por la realización de prácticas anticompetitivas, debe determinarse si la infracción imputada es: (i) de naturaleza instantánea; o, (ii) una infracción continuada.
66. Para diferenciar las figuras descritas en el numeral precedente, resulta de suma utilidad lo dispuesto en el Pleno Jurisdiccional Penal de Ica de la Corte Suprema de Justicia realizado en el año 1998 el cual estableció lo siguiente:

“Por unanimidad, declarar que los hechos consumados en un sólo acto debe reputarse como delitos instantáneos, independientemente de la permanencia en el tiempo que puedan mostrar sus efectos. Debe estimarse el hecho como delito continuado si él

⁷⁵ Ver pie de página 73.

⁷⁶ Vigente desde el 12 de octubre del 2001.

⁷⁷ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
TÍTULO PRELIMINAR
Artículo II.- Contenido
(...)

2. Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto. (...)

⁷⁸ Ver pie de página 74.

consiste en varias infracciones a la ley que responden a una única resolución criminal fraccionada en su ejecución." (Subrayado agregado)

67. De lo anterior se desprende que un delito o infracción es de naturaleza instantánea si queda consumado en un solo acto, es decir, si el proceso ejecutivo de este, con todas las exigencias que el tipo infractor supone, se consuma en un momento determinado y único⁷⁹.
68. Por otro lado, en aquellos casos en los que se produzcan diversas infracciones que responden a una única determinación criminal existirá un delito continuado⁸⁰, siendo que en esta clase de ilícitos el cómputo de los plazos para la prescripción comienza a contarse a partir de la fecha en la cual cesó la última actuación criminal⁸¹.
69. Lo antes señalado resulta conforme con lo previsto respecto del delito continuado en el artículo 49 del Código Penal:

"Artículo 49.- 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 sólo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave".

70. Dado que en el presente caso las denunciadas han cuestionado la calificación de infracción continuada otorgada por la Comisión a la conducta que les fuera imputada, a continuación se analizará cuáles son los requisitos que debe presentar una conducta para ser catalogada como tal. Lo anterior

⁷⁹ Respecto a las infracciones instantáneas De Palma del Teso señala lo siguiente:

"Las infracciones instantáneas se caracterizan porque la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido se produce mediante una actividad momentánea que marca la consumación del ilícito. La situación se consuma en el momento en que se produce el resultado, sin que éste determine la creación de una situación antijurídica duradera. Por tanto, en este caso, el plazo de prescripción comienza a correr en el momento en que se realiza la acción típica que produce aquel resultado con el que se consuma el ilícito".

DE PALMA DEL TESO, Ángeles. "Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción". Publicado en: Revista Española de Derecho Administrativo. N°112. Editorial Civitas. Madrid. Año 2001. Pg. 556.

⁸⁰ A manera de ejemplo, tal sería el caso de un cajero que se propone sustraer US\$ 1 millón del banco en el que labora y realiza su propósito en cinco días diferentes, mediante cinco apoderamientos parciales distintos; o de la esposa que intenta asesinar a su marido mediante el empleo de un veneno en tres dosis, cada una de ellas insuficientes para lograr su propósito (meras tentativas), pero que en su conjunto son idóneas para tal fin.

⁸¹ En similar sentido, Martínez Sánchez señala que cuando se cometa una infracción de modo continuado como sucede en el caso de los carteles horizontales que dan lugar a infracciones que se repiten en el tiempo, el cómputo del plazo de prescripción tendrá lugar únicamente en el momento en el que la infracción ha dejado de cometerse.

Al respecto ver: MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Antonio. "Título V: Del Régimen Sancionador". En José Massaguer y José Manuel Sala Arquer: "Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia". Primera edición. Madrid. Editorial Thomson Civitas. 2008. Pg. 711.

se realizará en aplicación de lo dispuesto por el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, puesto que las características de este tipo de infracción no han sido establecidas en los dispositivos del ordenamiento administrativo peruano⁸².

III.3.2 Los elementos constitutivos de la infracción continuada

71. De conformidad con lo desarrollado en el apartado precedente, se ha podido determinar que la realización de un ilícito no solo puede resultar de un acto aislado e instantáneo, sino también de un comportamiento continuado. Ello, a pesar de que cada conducta constitutiva de esa actuación continuada pueda representar individualmente una práctica anticompetitiva pasible de ser sancionada⁸³.
72. En efecto, dicha posibilidad inclusive podría ser un patrón de conducta en la mayoría de las infracciones de libre competencia, conforme lo señala Baño León:

*“La mayoría de infracciones a la competencia tendrán carácter continuado (...) En este caso, la fecha de comisión de la infracción no puede ser el día inicial, lo que representaría una prima a la prolongación de la conducta ilícita. El cómputo comienza cuando se consuma el último hecho, según reconoce con carácter general la doctrina penalista”.*⁸⁴

⁸²

LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Título Preliminar

Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes

1. Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.
(...)

Al respecto Morón Urbina señala lo siguiente: “(...) Para resolver estos asuntos, las autoridades deben acudir en orden descendente a las siguientes fuentes supletorias: a) los principios del procedimiento administrativo; b) fuentes supletorias del derecho administrativo (doctrina nacional, comparada, la costumbre o práctica administrativa); y solo a falta de ellos; c) analogía de otros ordenamientos (por ejemplo, el Código Procesal Civil o Penal) en aquellos aspectos que sean compatibles con la naturaleza y finalidad administrativa.”

MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. Pg. 113.

⁸³

Ello además ha sido señalado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante resolución del 6 de diciembre de 2012, recaída en el Asunto C-441/11 P. En tal sentido, en el fundamento jurídico 41 de dicho pronunciamiento el mencionado Tribunal señala lo siguiente:

“Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto”.

⁸⁴

BAÑO LEÓN, José María. *Potestades Administrativas y Garantías de las Empresas en el Derecho Español de la Competencia*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España S.A. 1996. Pg. 261.

73. Sobre este punto, en diversos pronunciamientos, la Comisión Europea⁸⁵ ha señalado que cuando las diversas acciones se inscriben en un “plan conjunto” debido a su objeto idéntico de distorsionar el proceso competitivo, se puede imputar responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto, es decir, como una infracción continuada.
74. A fin de identificar las características que reúne la infracción continuada se observa que en la doctrina de Derecho Penal –derecho sancionador por antonomasia– existe consenso en señalar que la figura del delito continuado presenta elementos de carácter objetivo y subjetivo. Aquellos elementos de naturaleza objetiva son: (i) la pluralidad de acciones; (ii) la pluralidad de violaciones a la misma ley, de modo que cada una de las acciones constituya una previsión típica; y, (iii) el contexto temporal de la realización de las acciones, es decir, se sanciona con una misma pena diferentes actos particulares cometidos en el mismo momento o en momentos diversos que se estiman continuados y constituyen un solo delito. Por su parte, el elemento subjetivo que caracteriza este tipo de delito es la unidad de resolución criminal⁸⁶.
75. En la misma línea, para el caso de los procedimientos administrativos sancionadores, como ocurre en el presente caso, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales⁸⁷ señalan que deben concurrir ciertos requisitos objetivos y subjetivos a fin de calificar un ilícito como una infracción continuada. A decir de los citados autores, los requisitos objetivos serían los siguientes: (i) pluralidad de acciones u omisiones; (ii) las diversas infracciones deben contravenir el mismo precepto normativo o uno de similar naturaleza; y, (iii) cierta proximidad espacial y temporal de los hechos imputados.
76. Con relación a los requisitos subjetivos, los autores mencionados en el párrafo anterior⁸⁸ indican que el sujeto infractor debe actuar ya sea con un dolo conjunto (en ejecución de un plan preconcebido *ab initio*) o con un dolo continuado (es decir, aprovechando una idéntica ocasión pese a que no se tuvo el plan pensado desde un inicio).

⁸⁵ Al respecto ver Sentencia del 8 de julio de 1999 emitida en el marco del procedimiento seguido bajo el Asunto C-49/92. Asimismo, ver sentencia del 7 de enero de 2004 emitida en el marco del procedimiento seguido bajo los Asuntos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P.

⁸⁶ Cfr.: HURTADO POZO, Manuel. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2005. Pg. 943-957; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, Pg. 685-696; BRAMONT ARIAS, Luis A. y Luis A. BRAMONT-ARIAS TORRES. *Código Penal Anotado*. Lima: Editorial San Marcos, 1995. Pg. 234-239.

⁸⁷ GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*. Navarra: Editorial Arazandi S.A. Segunda Edición. 2010. Pg. 633.

⁸⁸ Ídem. Pg. 633 y 664.

77. De la revisión de la jurisprudencia comparada se aprecia que los criterios esbozados en los párrafos precedentes han resultado de suma utilidad para la evaluación de prácticas anticompetitivas que revisten el carácter de una infracción continuada.
78. Tal es el caso de la resolución emitida el 25 de marzo de 2013 por la Comisión Nacional de la Competencia de España en el Expediente S/0316/10, denominado *Sobres de papel*, en la cual, tal como se indicó en apartados anteriores, se evaluó una práctica colusoria horizontal consistente en la fijación de precios y en el reparto de clientes en el mercado de sobres de papel en todo el territorio español, la cual se realizó desde el año 1977 hasta el año 2010⁸⁹.

79. En dicho pronunciamiento se señaló lo siguiente:

*“(…) los requisitos que en constante jurisprudencia los tribunales vienen requiriendo para apreciar la existencia de una infracción única y continuada: (i) pluralidad de acciones u omisiones, (ii) que las acciones infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos y (iii) que las acciones se hayan realizado en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión (entre otras, Sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia nacional de 1 de diciembre de 2009)”*⁹⁰.

80. Asimismo, en la Resolución 276-97-TDC del 19 de noviembre de 1997, recaída en el Expediente 029-96-CLC, seguido por la Comisión de Libre Competencia contra la Asociación Peruana de Avicultura y otras, la Sala señaló lo siguiente⁹¹:

“Para la verificación del delito continuado se requiere la presencia de distintos elementos objetivos, que se describen a continuación:

a) Varias violaciones de la misma ley. Esto es, homogeneidad en la calificación jurídica de las infracciones.

b) Dichas violaciones deberán ser realizadas mediante diversos actos ejecutivos, esto es, mediante una pluralidad de actos que irán poco a poco ampliando el mismo contenido del injusto (caso del cajero de un Banco que va robando de a pocos el dinero que le ha sido confiado. El delito de hurto -contenido de injusto- será el mismo,

⁸⁹ En tal sentido, en el referido pronunciamiento la Comisión Nacional de la Competencia resolvió, entre otros puntos, lo siguiente:

“PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha quedado acreditada la existencia de una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, desde 1977 hasta 2010, consistente en un cartel de fijación de precios y reparto de clientes en el mercado del sobre de papel en todo el territorio nacional (…).”

⁹⁰ Resolución del 25 de marzo de 2013, recaída en el Expediente S/0316/10 Sobres de papel. Pg. 252.

⁹¹ En similar sentido ver: Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI del 27 de julio de 2011, emitida en el marco del Expediente 009-2008/CLC, seguido por la Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú contra Ferrocarril Transandino S.A., Perurail S.A., Peruval Corp. S.A. y Peruvian Trains & Railways S.A. Pg. 27 a 34.

pero la magnitud del perjuicio causado al Banco se incrementará con cada acto particular).

c) Estos hechos deben darse en el mismo momento de la acción o en momentos diversos. Esto se refiere al factor temporal, que puede ser más estrecho o más amplio.

Por otro lado, en el delito continuado existe un elemento subjetivo que le da coherencia al tratamiento unitario: los hechos realizados deben provenir de la misma resolución criminal. Esto se refiere a que el agente debe haber obrado en realización del mismo plan, móvil o empresa delictiva”.

81. En atención a los criterios antes esbozados, este Colegiado considera que para la calificación de una infracción como ilícito continuado se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- (i) Pluralidad de realización de conductas. Debe verificarse la existencia de varias acciones materiales que puedan ser entendidas como una única acción en sentido jurídico.
- (ii) Pluralidad de violaciones a la misma ley o una de similar naturaleza. Ello presupone que se deben tratar de acciones similares que contravengan la misma o una similar ley. Ello, sin perjuicio de las particularidades que pueda presentar cada una de aquellas acciones y que sean pasibles de ser individualizadas o individualmente consideradas.
- (iii) Proximidad espacial y temporal de los hechos imputados. Las diversas acciones deben ser realizadas en momentos diferentes pero vinculados en un contexto espacio temporal.
- (iv) Identidad de resolución criminal. Este requisito hace referencia a la existencia de una determinación del sujeto activo que se propone la ejecución de los diversos actos que constituyen el delito continuado, lo cual responde a la realización de un plan preconcebido o al aprovechamiento de una idéntica oportunidad.

82. Habiéndose establecido cuáles son los requisitos que debe presentar una conducta anticompetitiva para ser calificada como infracción continuada, corresponderá precisar cuál es la conducta imputada a las denunciadas para posteriormente verificar si esta califica o no como una infracción continuada.

III.3.3 Sobre la infracción imputada a las denunciadas

83. Mediante Resolución 003-2008-INDECOPI/CLC del 25 de enero de 2008, la Comisión inició un procedimiento sancionador a Praxair, Aga y Messer por la presunta realización de prácticas concertadas de reparto de mercado, en los procesos de selección convocados por EsSalud para la adquisición de

oxígeno medicinal líquido y gaseoso, a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004⁹². Sobre la base de dicha imputación, en la Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI (en adelante, Resolución de Primera Instancia) del 13 de agosto de 2010, la Comisión declaró fundado el procedimiento de oficio iniciado contra las denunciadas.

84. De lo anterior se desprende que los presuntos sujetos activos (agentes infractores) pasibles de ser sancionados en el presente caso, serían Praxair, Aga y Messer. En similar sentido se aprecia que el sujeto pasivo directamente afectado con la presunta infracción sería EsSalud.
85. Por otro lado, la conducta imputada a las denunciadas sería la de realizar prácticas concertadas de reparto de mercado en los procesos de selección convocados por EsSalud entre enero de 1999 y junio de 2004.
86. De acuerdo al artículo 3 del Decreto Legislativo 701⁹³, se encuentran prohibidos y constituyen infracciones administrativas sujetas a sanción los actos o conductas relacionados con actividades económicas que configuren un abuso de posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general en el territorio nacional.
87. En tal sentido, el artículo 6 del Decreto Legislativo 701⁹⁴ define a las prácticas restrictivas de la competencia o prácticas colusorias como acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o que puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

⁹² En tal sentido, en la Resolución 003-2008-INDECOPI/CLC la Comisión resolvió lo siguiente:

"Iniciar un procedimiento sancionador de oficio contra las empresas Praxair S.R.L., Aga S.A. y Messer S.A. en virtud de la recomendación contenida en el informe N° 005-2008-INDECOPI/ST-CLC, del 23 de enero de 2008, elaborado por la Secretaría Técnica de esta Comisión, señalándose lo siguiente:

- Las empresas arriba mencionadas habrían incurrido en una presunta práctica concertada consistente en el reparto de mercado, a nivel nacional, de los procesos de selección convocados por el Seguro Social de Salud para la adquisición de oxígeno medicinal —líquido y gaseoso—, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 a junio de 2004;
- La presunta práctica concertada que se imputa a las empresas antes mencionadas se encuentra tipificada en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701; y,
- Esta conducta podría ser susceptible de ser sancionada conforme a lo previsto en el artículo 23 de dicha norma."

⁹³ **DECRETO LEGISLATIVO 701. DECRETO LEGISLATIVO CONTRA LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, CONTROLISTAS Y RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Artículo 3.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

⁹⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 701. DECRETO LEGISLATIVO CONTRA LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, CONTROLISTAS Y RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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.

88. Si bien en toda práctica restrictiva de la competencia, el elemento esencial o común consiste en la conducta coordinada con el objeto de eliminar o restringir la competencia, el Decreto Legislativo 701 distingue diversas formas a través de las cuales se materializan estas conductas, contemplando entre otras modalidades las de acuerdos y las de prácticas concertadas.
89. Según la doctrina⁹⁵, el término “acuerdo” hace referencia a todo aquel concierto de voluntades mediante el cual varios agentes económicos independientes se comprometen en una conducta que tiene por objeto o efecto restringir la competencia en el mercado respecto de algún factor o condición de la oferta, tales como la fijación de precios, el reparto de mercado geográfico, el reparto de clientes, la restricción de la cantidad producida, entre otros. Estos son acreditados mediante prueba directa.
90. Por otro lado, con relación al concepto de prácticas concertadas, la jurisprudencia comparada⁹⁶ y la doctrina⁹⁷ las han definido como aquellas conductas anticompetitivas que se derivan de una identidad de comportamientos que no se explican de modo natural por la propia estructura o las condiciones de competencia del mercado y que, por esta razón, induce a pensar en la existencia de acuerdos o formas de coordinación entre los operadores económicos que no pueden ser expresamente probados, a diferencia de lo que sucede en el caso de los acuerdos expresos.
91. Una conducta paralela puede ser el principal indicio de la existencia de una práctica concertada. No obstante, la jurisprudencia⁹⁸ y la doctrina internacional⁹⁹ considera que el paralelismo por sí solo no puede ser

⁹⁵ DIEZ ESTELLA, Fernando. “*Título I: De la Defensa de la Competencia. Capítulo I: De las conductas prohibidas*”. En José Massaguer y José Manuel Sala Arquer: “*Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*”. Op. Cit. Pg. 37.

⁹⁶ Al respecto ver la Resolución emitida el 15 de abril de 1999 por el Tribunal de Defensa de la Competencia de España en el marco del Expediente 352/94. Pg. 105.

⁹⁷ DIEZ ESTELLA, Fernando. Op. Cit. Pg. 41.

⁹⁸ Al respecto ver la Resolución emitida el 3 de junio de 1997 por el Tribunal de Defensa de la Competencia de España en el marco del Expediente 426/98. En dicho pronunciamiento, el mencionado colegiado señalando al Tribunal de Justicia de Luxemburgo indicó lo siguiente:

“Un mero comportamiento paralelo puede, en determinadas circunstancias, constituir un indicio fundado de una práctica concertada cuando da lugar a unas condiciones en la competencia que no se correspondan a las condiciones normales de ésta. Sin embargo, cuando el comportamiento paralelo pueda explicarse por razones distintas a la existencia de una concertación, no podrá presumirse una concertación de esa naturaleza.

(...) de conformidad con esta doctrina, para que pueda hablarse de práctica concertada habrá que demostrar no sólo la identidad de la conducta sino también que la misma no se deriva necesariamente de las circunstancias del mercado”

En similar sentido ver la resolución emitida el 12 de abril de 2013 por el Tribunal General de la Unión Europea en el marco del Asunto T-442/08.

⁹⁹ En tal sentido, el profesor Eduardo Galán Corona señala lo siguiente:

sancionado como una práctica colusoria, pues se requiere la existencia de una actuación consciente y conjunta destinada a limitar la competencia.

92. Así, mientras que los acuerdos colusorios expresos –propriadamente dichos– son demostrados mediante pruebas directas (actas, contratos, correspondencia, grabaciones, filmaciones, testimonios, etc.), las prácticas concertadas son probadas a través de indicios y presunciones. En este último caso, si bien no existe prueba directa de la realización de un acuerdo entre las empresas investigadas, su actuación no puede ser explicada de otra manera sino asumiendo la existencia de un acuerdo.
93. En el presente caso, la conducta imputada a las denunciadas consiste en la presunta realización de prácticas concertadas de reparto de mercado en el marco de las licitaciones realizadas por EsSalud entre enero de 1999 y junio de 2004 en todo el territorio nacional para la adquisición de oxígeno medicinal tanto líquido como gaseoso.
94. Por tanto, en el presente procedimiento, la realización de la presunta conducta anticompetitiva no habría sido evaluada sobre la base de un medio probatorio que pueda acreditar directamente la existencia de un acuerdo anticompetitivo en los términos del artículo 6 del Decreto Legislativo 701, tal como sería por ejemplo un acta de directorio, un correo electrónico o un medio de carácter expreso.
95. En efecto, la existencia de la presunta práctica anticompetitiva habría sido analizada y determinada sobre la base de ciertas conductas realizadas por las denunciadas, las cuales, a decir de la Comisión tendrían como única explicación lógica (empresarial y económicamente) la implementación voluntaria de un presunto reparto de mercado.
96. Conforme se indicó, si bien en los casos de prácticas concertadas no se acredita la existencia de un acuerdo expreso para restringir la competencia, este puede inferirse a partir de evidencia que tiende a excluir la posibilidad de una acción independiente de los agentes económicos.
97. Habiéndose precisado que la conducta imputada a las denunciadas es la de presuntas prácticas concertadas en la modalidad de reparto geográfico de

“La práctica concertada se manifiesta a través de un comportamiento de las empresas que no tiene que ser necesariamente coincidente o idéntico, pero que sí es coordinado, pues es fruto o consecuencia de una deliberada voluntad de eliminar los riesgos de la competencia mediante alguna forma de colaboración. Dos elementos se hacen presentes: uno de carácter material, la actuación en el mercado, y otro, la existencia de una concertación, más o menos precisa, esto es, de algún tipo de consenso que se encuentra en la base del comportamiento empresarial. Consecuentemente, el mero paralelismo o identidad de conducta en el mercado no basta para constituir práctica concertada; es precisa la concurrencia de un elemento consensual.” (Subrayado agregado).

GALÁN CORONA. Eduardo. “Prohibición de prácticas colusorias (I): Visión general”. En: BENEYTO PÉREZ, José María (Dir.). “Tratado de Derecho de la Competencia. Tomo I”. Barcelona: Bosch, 2005. Pg. 188.

mercado, corresponde analizar si aquella presunta infracción califica como continuada y si operó la prescripción respecto a la infracción que fuera imputada por la Comisión a Praxair, Aga y Messer.

III.3.4 Aplicación al caso concreto

98. Con relación al primer requisito esbozado en el numeral 81 de la presente Resolución, a saber la pluralidad de acciones, se aprecia que existe una serie de presuntas prácticas concertadas realizadas por las denunciadas durante enero de 1999 y junio de 2004 en el marco de las licitaciones y adjudicaciones convocadas por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso.
99. En tal sentido, y sin perjuicio de que se efectúe un desarrollo más extenso en los apartados posteriores, se aprecia que en el caso se imputa que las denunciadas habrían realizado diversas acciones que, a criterio de la Comisión, constituirían indicios de la realización de un supuesto reparto de mercado en las licitaciones y adjudicaciones antes mencionadas.
100. Las acciones realizadas por las denunciadas que, a decir de la Comisión, presuntamente manifestarían un acuerdo de reparto de mercado serían, entre otras, las siguientes:
 - (i) obtener la Buena Pro en las mismas zonas desde la LP 018-IPSS-98 de 1999 hasta las Adjudicaciones de 2003-2004;
 - (ii) ofertar precios por encima del máximo permitido (110% del valor referencial), o no participar en los procesos de selección en zonas distintas a las que tradicionalmente abastecían; y,
 - (iii) ofertar precios elevados¹⁰⁰ desde la LP 018-IPSS-98 de 1999 hasta las Adjudicaciones de 2001-2002 y precios bajos¹⁰¹ en la LP 0199L00052 de 2002-2003 y en las Adjudicaciones de 2003-2004, conservando cada empresa investigada la zona que tradicionalmente había venido abasteciendo desde la LP 018-IPSS-98 de 1999.
101. Lo anterior permite concluir que en el presente caso, de verificarse la conducta infractora, existiría una pluralidad de actuaciones realizadas por las denunciadas al interior de cada proceso de selección a fin de materializar el presunto acuerdo de reparto.

¹⁰⁰ En las licitaciones públicas, precios iguales o cercanos al 110% del valor referencial y, en las adjudicaciones, precios altos en relación al valor referencial del proceso de selección inmediato anterior.

¹⁰¹ En las licitaciones públicas, precios iguales o cercanos al 70% del valor referencial y, en las adjudicaciones, precios bajos en relación al valor referencial del proceso de selección inmediato anterior.

102. Cabe precisar que las denunciadas no han cuestionado que, en el hipotético supuesto que hubiera existido una infracción, esta no hubiese estado compuesta por un conjunto de actuaciones materiales.
103. En lo referido a la existencia de una pluralidad de violaciones a la misma ley, Messer alegó que la conducta investigada no califica como una infracción continuada, sino que sería más bien una infracción de realización típica sucesiva¹⁰². Ello debido a que, en caso hubiera existido una práctica anticompetitiva, solo habría existido un único hecho infractor, consistente en el acuerdo de reparto de mercado que debió haber sido tomado antes de enero de 1999 (inicio del periodo investigado), siendo que las conductas posteriores únicamente fueron ejecuciones sucesivas de dicho acuerdo¹⁰³. A criterio de Messer, para que exista una infracción continuada la Comisión tenía que acreditar la existencia de una pluralidad de acuerdos realizados con ocasión de cada proceso de selección.
104. Asimismo, Messer señaló que su posición se encontraba sustentada en la Resolución 276-97-TDC del 19 de noviembre de 1997, recaída en el Expediente 029-96-CLC, seguido de oficio por la Comisión contra la Asociación Peruana de Avicultura y Otras, en la cual la Comisión habría establecido que un acuerdo colusorio tendría dos etapas: (a) la adopción del acuerdo; y, (b) la implementación del mismo. En atención a ello, la referida empresa consideró que el plazo prescriptorio empezaría a contarse desde la adopción del presunto acuerdo.
105. Sobre el particular, debe señalarse que la tesis propugnada por Messer desconoce la figura de la infracción continuada cuya utilidad en los procedimientos sancionadores por la realización de prácticas anticompetitivas ha sido resaltada en el apartado III.3.2 de la presente

¹⁰² Cabe resaltar que de la revisión conjunta del Decreto Legislativo 701 y de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se desprende que el cómputo de los plazos prescriptivos se determina en función a si la infracción imputada es: a) de naturaleza instantánea; o, b) una infracción continuada. En tal sentido, debe resaltarse que el concepto de "infracción de realización típica sucesiva" invocado por Messer no se encuentra comprendido dentro de dichas normas.

¹⁰³ En tal sentido, en su recurso de apelación, Messer señaló lo siguiente (ver foja 4904 del expediente):

"Así pues, lo anterior permite concluir que, en el negado caso que se considere que exista una infracción, ésta solamente se habría configurado en un solo momento (el acuerdo de reparto de mercado) con una ejecución sucesiva del acuerdo en las distintas licitaciones y adjudicaciones en EsSalud.

(...)

No habría, por lo tanto, varias infracciones administrativas que se consideran una sola infracción continuada, sino una sola infracción que se habría realizado sucesivamente en los diversos procesos de selección pública convocados por EsSalud.

(...)

En este sentido, debe computarse el plazo de prescripción desde el momento en que se adoptó el acuerdo. Para estos efectos, debemos observar que dicho supuesto y negado acuerdo debió adoptarse por lo menos un día antes de la convocatoria a la primera licitación investigada, la Licitación N° 018-IPSS-98, esto es Noviembre de 1998."

Resolución, puesto que permite investigar y, de ser el caso, sancionar conductas realizadas durante un tiempo prolongado¹⁰⁴.

106. En tal sentido, si se considerase que frente a una práctica colusoria, el plazo prescriptorio para la investigación y sanción se cuenta a partir de la fecha de adopción del acuerdo y no se consideran las actuaciones anticompetitivas posteriores que implementan y sostienen dicha práctica en el tiempo, podría presentarse el escenario bajo el cual, pese a haberse identificado un cartel y que el mismo sigue desplegando sus efectos hasta la actualidad, la sociedad se vería obligada a convivir con aquel. Debe considerarse que es precisamente la actuación concertada la que permite que se mantenga vigente el cartel.
107. En el presente caso, para la verificación de una infracción continuada al Decreto Legislativo 701 no es necesario que se acredite la existencia de una diversidad de acuerdos, tal como ha señalado Messer, sino que debe verificarse si, durante el periodo investigado, se habrían presentado actuaciones concertadas por parte de las denunciadas (prácticas concertadas) que respondan a la implementación y mantenimiento de un presunto reparto de mercado en el marco de los procesos de selección y adjudicación convocados por EsSalud.
108. Del mismo modo, individualmente dichas actuaciones podrían constituir infracciones a las normas de libre competencia. En efecto, la materialización del presunto acuerdo de reparto de mercado en cada proceso de selección además podría ser vista de manera individual como una infracción al Decreto Legislativo 701.
109. Por tanto, se concuerda con lo señalado por la Comisión en que la presunta realización de una pluralidad de conductas por parte de Praxair, Aga y Messer con ocasión de cada proceso de selección¹⁰⁵ podrían ser idóneas para la implementación del supuesto reparto de mercado.
110. Por otro lado, debe destacarse que, de la revisión de la Resolución 276-97-TDC, se aprecia que contrariamente a lo señalado por Messer, la Sala consideró que en dicho caso existía una infracción continuada debido a que, entre otros factores, se había verificado que las empresas denunciadas

¹⁰⁴ En efecto, la figura de la infracción continuada resultó de suma utilidad para investigar y sancionar un cartel en el mercado español de sobres de papel el mismo que se realizó por más de tres décadas, conforme se detalló en los numerales 78 y 79 de la presente Resolución. En similar sentido, dicha figura resultó de utilidad por el Tribunal General de la Unión Europea, en la resolución emitida el 16 de junio de 2011 en el marco del Asunto T-211/08, en el cual se investigó una práctica competitiva consistente en: la fijación de precios, el reparto de mercado y la manipulación de las condiciones de contratación en el mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica, realizado desde el año 1984 hasta el año 2003.

¹⁰⁵ Dichas conductas son las descritas en el numeral 100 de la presente Resolución.

habían realizado diversas prácticas colusorias que respondían a un plan preconcebido inicialmente¹⁰⁶.

111. En efecto, conforme se corrobora en la Resolución 276-97-TDC, se llegó a una conclusión completamente distinta a la esbozada por Messer:

“La Sala considera que en el presente caso concurren todos los elementos objetivos y subjetivos para la configuración de una infracción asimilable al delito continuado.

(Subrayado agregado)

112. Debe indicarse que, a diferencia de lo señalado por Messer, en el presente caso no se está investigando a las denunciadas por la realización de uno o más acuerdos (expresos) de reparto de mercado por cada proceso de selección, sino que la imputación fue efectuada por la realización de presuntas prácticas concertadas realizadas con ocasión de los procesos de selección convocados por EsSalud.
113. Por consiguiente, se considera que en el presente caso existe una pluralidad de acciones y que cada una puede constituir una infracción al Decreto Legislativo 701, por lo que corresponde proseguir con el análisis de la conducta imputada en aras de verificar si esta podría calificar como una infracción continuada.
114. Respecto a la proximidad espacial y temporal de los hechos imputados, se aprecia que el presunto reparto de mercado habría desplegado sus efectos de manera sostenida en el tiempo entre enero de 1999 y junio de 2004, en el marco de cada proceso de licitación o de adjudicación realizado por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso.
115. Adicionalmente, debe señalarse que la existencia de este requisito no ha sido cuestionada por Praxair y Aga y que inclusive Messer ha reconocido que, en el hipotético caso en el que se hubiera verificado la existencia de un ilícito, sí se cumpliría con este requisito de la infracción continuada¹⁰⁷.

¹⁰⁶ En tal sentido, en dicho pronunciamiento la Sala señaló lo siguiente:

“Así, tal como se ha podido concluir en el punto III.3. de la presente resolución, las empresas procesadas han venido tomando y ejecutando diversos acuerdos destinados a restringir la competencia en el mercado del pollo, acuerdos que individualmente considerados constituyen varias violaciones de la misma ley, en este caso, de lo establecido por el artículo 6 inciso a) del Decreto Legislativo N° 701, artículo que como ya se explicó, contiene una infracción “per se” ilegal.

Dichas violaciones se verificaron en distintos momentos, a lo largo de todo un periodo, y como parte de un mismo plan o estrategia (que se inicia con la conformación del Comité de Estadística). Este plan consistió en la fijación conjunta de precios para afrontar una posible crisis. Estos móviles, elemento subjetivo indispensable para la configuración del delito continuado, han sido largamente explicados al analizar las pruebas”.

¹⁰⁷ En particular, Messer señaló lo siguiente (ver foja 5361 del expediente):

“Otro de los requisitos exigidos para la afirmación de una infracción administrativa continuada es la proximidad espacial y temporal de las acciones ejecutadas. Entre las acciones que configuran tantas infracciones en relación de continuidad, debe existir una unidad espacio-temporal que le dé cierta regularidad a las infracciones. En el presente

116. Finalmente, en lo referido a la identidad de resolución criminal, Messer señaló en su apelación¹⁰⁸ que no existía una unidad de determinación criminal toda vez que se produjeron cambios en las condiciones en las cuales EsSalud licitaba el oxígeno medicinal, motivo por el cual no podía hablarse de un plan preconcebido desde un inicio o del aprovechamiento de una idéntica oportunidad.
117. Por su parte, Praxair y Aga señalaron que la conducta imputada por la Comisión no calificaba como una infracción continuada, dado que resultaba imposible hablar de la existencia de una única resolución criminal porque ello implicaría asumir que las empresas investigadas podían controlar las condiciones de las convocatorias, lo cual únicamente podía ser realizado por EsSalud.
118. En atención a lo anterior, se aprecia que, a criterio de las denunciadas, resultaría imposible que en el presente caso pueda existir una identidad de resolución criminal en la práctica de reparto de mercado, toda vez que esto implicaría necesariamente la participación de EsSalud a fin de garantizar el éxito del acuerdo colusorio.
119. Sobre el particular, debe señalarse que, de acuerdo a la doctrina¹⁰⁹, el requisito de la infracción continuada hace referencia a una unidad de voluntad criminal en la determinación inicial por parte de los agentes infractores de cometer el ilícito, con la independencia de factores exógenos que pudieran alterar los resultados que podrían conseguirse como consecuencia de la conducta realizada.
120. Por ende, debe indicarse que para que exista una presunta unidad de voluntad criminal en las denunciadas no se requiere necesariamente que como consecuencia de la conducta se consiga el íntegro de los beneficios deseados por los presuntos agentes infractores. En efecto, podían existir

caso, no hay duda que existió una proximidad espacial y temporal entre los distintos procesos de selección convocados por EsSalud". (Subrayado agregado)

¹⁰⁸ Respecto de ello, Messer señaló lo siguiente en su recurso de apelación (ver foja 4909 del expediente):

"(...) no puede señalarse que existe una "unidad de plan preconcebido" o un "aprovechamiento de una idéntica ocasión"; puesto que: (i) a partir del segundo periodo el supuesto "plan preconcebido" no podría ejecutarse, habida cuenta que variaron sus premisas (las barreras de acceso); (ii) no existe una idéntica ocasión en todos los procesos de licitación; es más, la Comisión señala que las características del mercado entre el Primer Periodo y el Segundo Periodo son significativamente diferentes.

Por tanto, bajo el razonamiento de la Comisión, no puede existir una "única infracción continuada"; sino serían dos (2) imputaciones de infracciones continuadas".

¹⁰⁹ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito continuado*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 1997. Pg. 259.

factores externos a su determinación criminal que incidieran en los resultados obtenidos¹¹⁰.

121. En el presente procedimiento, en caso se verifique la realización de una práctica anticompetitiva, existiría una unidad de voluntad criminal en la realización de la práctica colusoria. Ello, dado que en dicho escenario, la conducta de las denunciadas habría respondido a una voluntad colectiva de repartirse el mercado en la medida que habrían mantenido vigente ese reparto entre enero de 1999 y junio de 2004, efectuando para ello presuntas prácticas concertadas al interior de cada proceso de selección, a fin de garantizar el cumplimiento de un plan preconcebido.
122. Adicionalmente, se aprecia que las denunciadas potencialmente podrían haber contado con la información suficiente para controlar y supervisar el cumplimiento del presunto acuerdo. Ciertamente, Praxair, Aga y Messer sabían que EsSalud convocaría periódicamente procesos de selección para el suministro de oxígeno medicinal a nivel nacional.
123. En atención a ello, si bien EsSalud era quien efectuaba los requerimientos periódicos de oxígeno medicinal y, por tanto, fijaba los requisitos sobre la base de los cuales adquiriría dicho producto, ello no impedía la posibilidad de adoptar una estrategia anticompetitiva y que esta sea idónea para procurar beneficios extraordinarios (propios de un reparto de mercado), que probablemente no hubieran sido conseguidos en condiciones de competencia entre los agentes económicos.
124. Por tanto, según los argumentos expuestos, se concuerda con la Comisión en que la presunta conducta realizada por Praxair, Aga y Messer cumpliría en abstracto, con los requisitos de unidad de pluralidad de acciones, pluralidad de violaciones de la misma ley, proximidad temporal y espacial e identidad de resolución criminal, por lo que de configurarse, calificaría como una infracción continuada.
125. Finalmente, en su apelación Aga señaló que en un caso similar ocurrido en Chile¹¹¹, se declaró la prescripción de determinadas conductas para lo cual se consideró que el plazo de prescripción se iniciaba con la celebración de cada contrato de suministro de oxígeno medicinal.

¹¹⁰ En tal sentido, podrían existir factores externos como un cambio en el esquema licitatorio o un mayor ingreso de competidores que podrían reducir los beneficios esperados de una práctica anticompetitiva de reparto de mercado.

¹¹¹ En Chile, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sancionó a las empresas Air Liquide Chile S.A., Indura S.A., Aga S.A. y Praxair Chile Limitada por la realización de prácticas concertadas al restringir la competencia en las compras estatales de oxígeno medicinal en el 2004. Al respecto ver Sentencia 43/2006. Disponible en: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_43_2006.pdf. (Consultado el 8 de mayo de 2013).

Asimismo, dicho pronunciamiento fue revocado por la Corte Suprema chilena mediante Resolución del 22 de enero de 2007 recaída en el rol 5057-2006 y obrante en el presente expediente de fojas 4457 a 4481.

126. De la revisión del caso mencionado se aprecia que no se aplicó la figura de la infracción continuada para la evaluación de los acuerdos colusorios ocurridos con ocasión de procesos de licitaciones y adjudicaciones públicas, conforme se efectúa en otros tribunales del mundo, sino que se partió de la base de considerar cada proceso de selección como una infracción independiente, hecho que no ha estado exento de críticas¹¹².
127. En tal sentido, si bien en el referido pronunciamiento no se aplicó la figura de la infracción continuada, la cual resulta de vital importancia para la investigación y sanción de acuerdos colusorios con una duración prolongada en el tiempo, debe señalarse que en la medida que lo resuelto en el caso chileno no resulta vinculante para los tribunales peruanos, se considera pertinente alejarse de la línea argumentativa desarrollada en dicha resolución, y, por el contrario, adecuar el presente pronunciamiento a los criterios esbozados de manera uniforme por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria.
128. Habiéndose descartado los argumentos de las denunciadas en este extremo, y considerando que la conducta investigada se habría realizado hasta junio de 2004, corresponde desestimar la solicitud de declaración de prescripción¹¹³ de las recurrentes, dado que no se habría verificado el transcurso del plazo previsto en el artículo 24 del Decreto Legislativo 701.

III.4 La validez de la Resolución de Primera Instancia

129. En sus apelaciones las denunciadas cuestionaron la validez de la Resolución de Primera Instancia por considerar que la misma adolecía de diversos vicios que ameritarían declarar su nulidad.
130. En tal sentido, Praxair, Aga y Messer señalaron que la Resolución de Primera Instancia debe ser declarada nula toda vez que:
- (i) No se respetó el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. En particular, las apelantes indicaron que la Resolución de Primera

¹¹² ROMERO GUZMÁN, Juan José. *Colusión en Chile: "El caso del oxígeno y repercusiones posteriores"*. En: Revista de Derecho de la Competencia. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. N° 4. Vol. 4. 2008. Pg. 23. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/2Romero.pdf. (Consultado el 13 de mayo de 2013). En tal sentido, Juan José Romero señaló lo siguiente:

"Igualmente, hubo varios contratos (parte del conjunto de indicios presentados por la FNE) que fueron desestimados (erróneamente en nuestra consideración) en razón de haber operado la prescripción de dos años contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia".

¹¹³ En tal sentido, se considera pertinente señalar que al haberse acreditado el carácter de infracción continuada de la conducta investigada, carece de objeto pronunciarse respecto a lo argumentado por las denunciadas con relación al cálculo de los plazos prescriptorios que hubieran tenido que aplicarse en caso se hubiera considerado que cada proceso de selección constituía una infracción instantánea y que por ende debían ser analizadas independientemente.

Instancia fue emitida en el marco de un procedimiento que no respetó los plazos procesales establecidos por ley;

- (ii) No se pronunció sobre la totalidad de los argumentos que presentaron a lo largo del procedimiento;
- (iii) Se fundamentó en una indebida aplicación de las pruebas indiciarias obtenidas durante la tramitación del expediente.

131. En atención a ello, corresponde analizar los argumentos planteados por las denunciadas a fin de determinar si ameritan o no la declaración de nulidad de la Resolución de Primera Instancia.

III.4.1 Sobre la presunta violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable

132. En su apelación, Aga y Messer señalaron que el procedimiento en primera instancia vulneró su derecho a ser juzgado en un plazo razonable en la medida en que las etapas procedimentales a cargo de la Secretaría Técnica de la Comisión y de la Comisión superaron los plazos máximos establecidos por la ley, por lo que debería declararse la nulidad de todo lo actuado¹¹⁴.

133. Asimismo, en su argumentación, Messer indicó que la Resolución de Primera Instancia empleó erróneamente una sentencia del Tribunal Constitucional como fundamento para desestimar la pretensión de nulidad del procedimiento por vulneración al plazo establecido. Así, alegó que la referencia efectuada a dicho pronunciamiento resulta inconsistente con su contenido, ya que, el Tribunal Constitucional determinó el archivamiento de una investigación fiscal debido al exceso de tiempo transcurrido. Al respecto, Messer afirmó lo siguiente¹¹⁵:

“Es más, en la Sentencia citada por la propia Comisión, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda interpuesta; y, por lo tanto, se ordena archivar el procedimiento de investigación fiscal iniciado en contra de Samuel Gleiser Katz; al no presentarse los requisitos para realizar actos procesales con una dilación injustificada.”

134. Una lectura atenta de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 5228-2006-HC/TC permite apreciar que las afirmaciones de

¹¹⁴ En tal sentido en su recurso de apelación, Messer señaló lo siguiente (ver foja 4952 del expediente):

“De acuerdo con lo antes señalado, el fundamento señalado por la Comisión para no amparar nuestra solicitud de nulidad por haber excedido TODOS los plazos imperativos señalados en el DL, carece de validez. Por lo tanto, el Tribunal deberá declarar NULO el presente procedimiento, por infracciones al derecho al debido procedimiento de Messer.”

¹¹⁵ Conforme se aprecia del recurso de apelación presentado por Messer. (Ver fojas 4949 y 4950).

Messer no se ajustan al texto del referido pronunciamiento. Así, en su fundamento 22, el Tribunal Constitucional señaló de forma expresa que:

“(…) si bien, a juicio del Tribunal Constitucional, la agresión ha cesado al haberse formulado la respectiva denuncia penal, ello no obsta para que, a la luz de los criterios establecidos en los fundamentos anteriores, se evalúe la razonabilidad del plazo máximo de investigación fiscal en el presente caso.” (Subrayado agregado)

135. En otras palabras, a pesar de haberse producido lo que en doctrina procesal se conoce como *sustracción de la materia*, en mérito de lo dispuesto por el Código Procesal Constitucional, el Tribunal consideró oportuno continuar con su enjuiciamiento y formular una serie de consideraciones en caso se presentara un supuesto similar de plazo irrazonable en el futuro. No obstante, en ninguna parte de la sentencia invocada (ni en su parte considerativa ni en su parte dispositiva) se declaró el archivamiento de la investigación fiscal materia de dicho proceso de *habeas corpus*.
136. Por lo tanto, resulta claro que el argumento invocado por Messer para sustentar su pretensión de nulidad del procedimiento resulta insuficiente, al no haber mandato alguno del Tribunal Constitucional ordenando el archivamiento de una investigación fiscal como consecuencia de haber superado o excedido un plazo razonable para su tramitación.
137. Sin embargo, esta no es la única razón para desestimar la pretensión formulada por Messer. Invocando nuevamente al Tribunal Constitucional, debe tenerse presente que en caso se produzca la violación del derecho a un plazo razonable, no existe razón alguna para derivar de dicha situación la conclusión inmediata o automática del procedimiento cuyos plazos no han sido cumplidos. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que, sin lugar a dudas, la reparación que debe proveer el juez que advierte la violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, no es la absolución o la conclusión definitiva de un proceso o procedimiento, sino la emisión del pronunciamiento correspondiente en el plazo más breve posible.
138. De este modo el Tribunal Constitucional señala expresamente lo siguiente:

*“(…) conviene precisar, que una eventual constatación por parte de la justicia constitucional de la violación el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable no puede ni debe significar el archivo definitivo del proceso penal como si de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, equivalente a una decisión de absolución emitida por el juez ordinario, sino que más bien, actuando dentro del marco constitucional y democrático del proceso penal, lo que, corresponde es la reparación in natura por parte de los órganos jurisdiccionales que consiste en emitir en el plazo más breve posible el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto y que se declare la inocencia o la responsabilidad del procesado, y la consiguiente conclusión del proceso penal.”*¹¹⁶ (Subrayado agregado)

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3689-2008-HC/TC, fundamento jurídico 10. 58/236

139. Por tanto, si la Comisión y la Secretaría Técnica de la Comisión excedieron los plazos previstos en el Decreto Legislativo 701 para la tramitación del presente procedimiento¹¹⁷, la reparación que el ordenamiento jurídico prevé no es la conclusión del procedimiento sancionador en curso o su nulidad, sino la resolución del procedimiento a la brevedad posible, lo cual en efecto sucedió en el presente caso con la emisión de la Resolución de Primera Instancia.
140. En atención a los fundamentos expuestos, corresponde desestimar el pedido de nulidad formulado en este extremo.
- III.4.2 Respecto a la presunta motivación aparente de la Resolución de Primera Instancia
141. Las denunciadas señalaron que se habría producido un supuesto de motivación aparente, el cual se configura cuando no se expresa fundamentación alguna sobre las alegaciones que sustentan la posición del administrado¹¹⁸.
142. Al respecto, este Colegiado considera que –contrariamente a lo sostenido por las imputadas– la resolución impugnada no constituye un pronunciamiento carente de motivación o con motivación aparente. De la revisión de los términos de dicho acto administrativo, se considera que la Comisión absolvió los cuestionamientos formulados por las imputadas durante el procedimiento. Así, la primera instancia se pronunció sobre los siguientes puntos: (i) la presunta prescripción de la conducta imputada; (ii) los presuntos vicios de nulidad que hubieran acaecido en la tramitación del presente procedimiento; (iii) las explicaciones económicas alternativas a la presunta existencia de un reparto de mercado probada a través de la acreditación de determinados indicios; y, (iv) los criterios aplicados para la graduación de la multa impuesta.

¹¹⁷ Debe resaltarse que, conforme lo establece el artículo 158 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el remedio procesal pertinente ante una demora en la resolución de una controversia es la interposición de una queja por defecto de tramitación.

¹¹⁸ En sentencia emitida en el Expediente 00728-2008-HC el 13 de octubre de 2008, a través de la cual el Tribunal Constitucional delimitó el contenido del deber de motivación, el referido Colegiado precisó, a propósito de este supuesto –denominado de motivación aparente o inexistente–, que:

“Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso”. (Subrayado agregado)

Demanda de *Hábeas Corpus* interpuesta por la señorita Giuliana Flor de María Llamoya Hilares contra los Vocales integrantes de la Tercera Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima.

143. Bajo lo expuesto, corresponde desestimar la solicitud de nulidad por motivación aparente en los términos deducidos por Praxair, Aga y Messer en su apelación.
144. Finalmente, debe señalarse que dada la relevancia de la aplicación de la prueba indiciaria en el presente caso y considerando los reiterados argumentos efectuados por las denunciadas sobre el particular, se estima necesario efectuar, en primer lugar, un breve desarrollo de dicha figura a fin de comprender mejor su aplicación para la presente controversia.

III.5 Respecto a la debida aplicación de la prueba indiciaria

III.5.1 La aplicación de la prueba indiciaria en los procedimientos sancionadores

145. La valoración de la prueba indiciaria como factor que colabora a la acreditación de una situación activadora de responsabilidad civil, administrativa o penal, constituye uno de los aspectos más importantes de la teoría de la prueba en la actualidad.
146. En efecto, las transacciones y acuerdos comerciales celebrados gozan de mecanismos más céleres para su cumplimiento y ejecución, así como para la disminución de los costos de transacción que pudieran implicar. No obstante, dichos mecanismos también pueden ser idóneos para encubrir conductas destinadas a restringir o distorsionar el proceso competitivo.
147. Bajo este marco, la utilización de la prueba indiciaria adquiere cada vez mayor trascendencia, habiendo tenido un desarrollo e importancia progresiva y medular desde las épocas en que sobre ella recaía un sesgo residual, hasta la actualidad en que precisamente constituye uno de los recursos probatorios fundamentales con que cuenta el Estado o los particulares, en el marco de un escenario de detección y sanción de conductas ilícitas o de resolución de conflictos, según corresponda.
148. En suma, la prueba indiciaria representa uno de los mecanismos con que el derecho responde frente a la labor de esclarecer conductas infractoras que permanentemente varían y que se encuentran cuidadosamente planificadas a fin de evadir las nuevas regulaciones legales sobre determinación de conductas infractoras¹¹⁹. De este modo, el derecho sancionador tiene en la prueba indiciaria una de sus mayores herramientas, sino la más importante, a fin de garantizar la real obtención de certeza material que permita concluir sobre la imputación de responsabilidad o, finalmente, su desestimatoria.

¹¹⁹ Cabe indicar que el perfeccionamiento en la tipificación de las conductas ilícitas no solo permite tener una mejor regulación sino también supone que los agentes infractores, a partir del análisis y aplicación que se haga del marco normativo, desarrollen conductas con un mayor grado de sofisticación con lo cual se busque impedir su detección.

III.5.2 La prueba indiciaria dentro de la clasificación general de la prueba

149. La doctrina sostiene que la prueba, según la relación del hecho con el objeto que se busca probar, puede clasificarse en directa e indirecta. La prueba directa se califica como aquella que tiene un nexo directo en su factor demostrativo, mientras que la prueba indirecta se constituye en la prueba racional por excelencia, y demanda una cadena de desarrollo lógico o un juicio de inferencia.
150. Cabe indicar que tanto en el caso de la prueba directa como de la indirecta esta representa una prueba plena y real, y es obligación del juzgador su uso racional ante un escenario de necesidad de probanza de hechos o circunstancias que fluyen del estudio de un expediente judicial o administrativo.
151. Jorge Kielmanovich, en relación con la denominada prueba directa e indirecta, señala lo siguiente¹²⁰:

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

152. Citando a Devis Echeandía, Kielmanovich explica que en este sentido¹²¹:

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

153. Tal como se puede apreciar de las citas antes expuestas la prueba indiciaria se encuentra comprendida dentro de las denominadas pruebas indirectas. Dada la importancia de esta figura procesal en la presente controversia, a continuación desarrollaremos lo referente a su configuración, las particularidades de su aplicación para evaluar infracciones a las normas de la libre competencia, así como la experiencia jurisprudencial nacional y extranjera en la materia, para finalmente abordar su importancia en la

¹²⁰ KIELMANOVICH, Jorge. “Teoría de la Prueba y Medios Probatorios”. Tercera Edición. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. 2004. Pgs. 32 y 33.

¹²¹ Ibidem.

detección de acuerdos colusorios en el marco de procesos de licitaciones públicas.

III.5.3 Configuración de la prueba indiciaria

154. Un elemento central que debe ser claramente establecido en el marco de cualquier desarrollo conceptual sobre la aplicación de la prueba indiciaria pasa por subrayar su carácter probatorio pleno, eficaz y consistente.
155. Así, para la aplicación de la prueba indiciaria es necesario empezar señalando cuáles son sus características y componentes, en tanto de ello dependerá su eficaz utilización en el esclarecimiento de presuntas conductas ilícitas. Para ello, en el presente caso se hará un análisis de lo señalado en nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina comparada.
156. El reconocimiento del carácter probatorio de la prueba indiciaria ha sido establecido en el Código Procesal Civil¹²², en los artículos 275 y 276, los cuales señalan expresamente lo siguiente:

“Artículo 275.- Los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos.

Artículo 276.- El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia.”

157. A partir de la lectura de lo establecido en el artículo 275 del Código Procesal Civil, se aprecia que el legislador es expreso al esclarecer la finalidad de los sucedáneos de los medios probatorios, como lo es el indicio, precisando que estos podrán complementar un medio de prueba o sustituirlo. Es precisamente dicha labor de sustitución la que grafica la validez plena del indicio como medio de prueba, lo cual tiene correlato en la doctrina autorizada que, en sintonía con lo señalado, coincide al reconocer el carácter de medios de prueba de los indicios¹²³.
158. Por su parte, a través del artículo 276 del Código Procesal Civil, el legislador reconoce claramente que una pluralidad de indicios conducen a una certeza, a partir del análisis lógico que se realiza sobre la existencia y vinculación de todos ellos en relación con el hecho o conducta cuya existencia busca

¹²² **TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**

Primera Disposición Final

Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

¹²³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *“Teoría General de la Prueba Judicial”*. Quinta Edición. Editorial Temis S.A. 2002. Pg. 589.

acreditarse. Adquiere suma relevancia que el legislador haya fortalecido el análisis indiciario estableciendo que resulta plenamente factible la adquisición de certeza a partir de la existencia de una pluralidad de indicios, lo cual constituye precisamente la configuración de la prueba indiciaria.

159. Ahora bien, en relación con el concepto de indicio recogido por la doctrina, Devis Echandía define a este como¹²⁴:

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

160. Adicionalmente, Alfredo Bullard señala lo siguiente en relación a la necesidad de la existencia de una pluralidad de indicios para la configuración de una prueba indiciaria¹²⁵:

“La prueba indiciaria es la existencia de una serie de hechos ciertos, que apuntan todos en la misma dirección, indicando, uno al lado del otro y conforme se van añadiendo en el análisis lógico, que es cada vez más probable que un hecho en principio incierto haya ocurrido, hasta llegar a un punto en que la probabilidad contraria se torna en absurda. Así, el razonamiento lógico derivado de la conjunción de indicios, correctamente apreciados en su conjunto apabulla una posible explicación distinta”. (Subrayado agregado)

161. En consecuencia, uno de los elementos indispensables para la configuración de una prueba indiciaria es la existencia de una pluralidad de hechos acreditados que, por una inferencia lógica, apunten a probar una misma conducta imputada. A partir de este análisis lógico, será posible lograr la convicción sobre la realización de determinadas conductas o configuración de un hecho concreto. Será pues el examen global de los indicios aquello que configure la prueba indiciaria y enerve la presunción de inocencia, en el caso del proceso penal, o de la presunción de licitud en el caso del procedimiento administrativo sancionador.

162. Ahora bien, en el procedimiento administrativo sancionador es sumamente importante destacar que la aplicación de la prueba indiciaria tiene un

¹²⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit. Pg. 588. También véase DELLEPIANE, Antonio. “Nueva Teoría de la Prueba”. Décima Edición. Editorial Temis S.A. 2011. Pg. 61. “(...) todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido, ¿Cómo es que, mediante un hecho comprobado, podemos llegar a conocer otro que ignoramos y que ni ha sido percibido por nosotros ni ha caído bajo la percepción de un testigo que nos lo cuenta, ni ha sido consignado en documento escrito alguno, ni nos ha sido revelado por su autor?. Merced a una operación de la mente, como acabamos a adelantarlo; merced a inferencia, que, para conseguir tal fin, se apoya en las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas.”

¹²⁵ BULLARD GONZALEZ, Alfredo. “Armando Rompecabezas Incompletos. El uso de la Prueba Indiciaria”. En: Revista Derecho y Sociedad. N° 25. Pg. 229.

reconocimiento legal expreso, a partir de lo señalado por dispositivos generales de aplicación para todo tipo de procedimiento administrativo.

163. Así, es claro lo dispuesto en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, al reconocer el principio de verdad material, bajo los siguientes términos:

“1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.” (Subrayado agregado)

164. Como se puede apreciar, la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General reconoce un margen de acción razonable a la autoridad en el marco de la actuación probatoria que deberá realizar en la tramitación de un procedimiento administrativo, a efectos de que pueda obtener certeza sobre la materia discutida. En tal sentido, se reconocen como válidos todos los medios probatorios autorizados por ley.
165. Dicha disposición tiene por finalidad resguardar precisamente el interés general que subyace a la tramitación de un procedimiento administrativo y que no se agota únicamente en la esfera de derechos y obligaciones de las apelantes, sino que trasciende a la colectividad, en el marco de lo señalado por el artículo III del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹²⁶.
166. En atención a ello, el artículo 166 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, presenta un contenido claro en relación con el tipo de medios de prueba que pueden ser valorados en un procedimiento administrativo, destacando que este puede recoger todos los medios de prueba que resulten necesarios. En tal sentido, el referido artículo establece lo siguiente:

“Artículo 166.- Medios de prueba

Los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa.” (Subrayado agregado)

167. Los dispositivos señalados son aplicables al procedimiento administrativo sancionador, en tanto este se vale de las normas especiales, así como de las

¹²⁶

**LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL
TÍTULO PRELIMINAR**

Artículo III.- Finalidad

La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

disposiciones generales aplicables a todos los procedimientos administrativos, las cuales se encuentran contenidas en la parte general de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

168. En ese sentido, la prueba indiciaria tiene un respaldo legal claro aplicable a la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores, tanto por lo dispuesto por las normas generales que regulan el procedimiento administrativo, así como por la aplicación supletoria de lo dispuesto por el Código Procesal Civil.
169. Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia de la República ha reconocido la aplicación de la prueba indiciaria en el marco de procedimientos administrativos sancionadores. Así, por ejemplo en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 18 de octubre de 1999, recaída en el proceso contencioso administrativo seguido contra la Resolución 1104-96-INDECOPI/TRI (investigación iniciada de oficio por la Comisión de Libre Competencia contra diversas empresas productoras de harina de trigo por concertación de precios), se indicó que:

“Que la prueba del indicio, antes propio del Derecho Penal, es la acción o señal que da a conocer lo oculto, es la sospecha que un hecho permita sobre otro desconocido. Ninguna prueba ofrece tanta variedad como el indicio, éste se basa en hechos o circunstancias que se suponen probados y tratan mediante el razonamiento y la inferencia de establecer la relación con el hecho investigado, la incógnita del problema (...). Que como premisa se advierte, que los indicios a fin de que cumplan con su cometido, esto es, que más adelante sirvan como un medio probatorio, deben ser apreciados en su conjunto y no en forma individual (...).”

170. Por otra parte, en relación con las características de la aplicación de la prueba indiciaria en el procedimiento administrativo sancionador, la doctrina española representada por Magro Servet menciona, a partir de los comentarios realizados a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional español sobre un caso relacionado con la sanción administrativa mediante valoración indiciaria¹²⁷, lo siguiente¹²⁸:

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

¹²⁷ Sentencia 63/2007, del 27 de marzo de 2007.

¹²⁸ MAGRO SERVET, Vicente. “Admisión de la prueba indiciaria en la responsabilidad por infracciones de tráfico”. Disponible en: http://www.larioja.org/upload/documents/680386_DLL_N_6784-2007.Admision_de_la_prueba_indiciaria.pdf . (Consultado el 7 de mayo de 2013).
65/236

C) Presupuestos básicos para la admisión de la prueba indiciaria en el Derecho administrativo sancionador

Los presupuestos exigidos para que en el Derecho administrativo sancionador pueda aplicarse la prueba indiciaria que con tanta frecuencia se utiliza en el Derecho penal son los siguientes:

a) La acreditación de los hechos base o indicios.

(...)

b) El razonamiento explícito de la convicción de la autoría.

(...)

c) La pluralidad de los indicios.

(...)

d) La concomitancia e interrelación entre los indicios y el hecho objeto de acreditación.

(...)

e) La aplicación de las reglas de la lógica y la experiencia. El proceso deductivo."

171. Tal como se puede apreciar, también en el caso del Derecho Administrativo Sancionador, la acreditación de la existencia de una pluralidad de indicios constituye un factor central en la configuración de la prueba indiciaria. Asimismo, resulta ser un elemento esencial para la valorización de los indicios que estos sean reales y no presumidos, tras lo cual podrán ser evaluados conjuntamente para obtener certeza sobre el hecho investigado.
172. La relevancia de lo señalado en el párrafo anterior radica en resaltar la importancia de la acreditación de la existencia de los indicios sobre la cual no debe recaer duda. La acreditación de la existencia de los indicios debe ser clara para que posteriormente su apreciación conjunta pueda dar lugar a juicios de inferencia y deducción lógica a efectos de la obtención de la certeza derivada de la prueba indiciaria. Así, si bien los tribunales han permitido la obtención de certeza de un hecho desconocido a partir de un análisis general del material indiciario, ello no significa que la acreditación de la existencia de los indicios pueda ser asumida a partir de la inferencia o el análisis lógico.
173. Es preciso señalar que el pleno reconocimiento del procedimiento administrativo sancionador y del proceso penal como la representación del sistema punitivo del Estado¹²⁹, conduce a admitir la aplicación conjunta de

¹²⁹

Al respecto Willy Pedreschi señala lo siguiente:

"De acuerdo a la mayoría de la doctrina especializada en la materia, en la actualidad el fundamento de la potestad sancionadora de la Administración Pública residiría en la pertenencia de dicha rama del Derecho Administrativo a un único ius puniendi o Derecho Punitivo del Estado, de lo que se derivaría, además su consecuente vinculación al Derecho Penal (...) la configuración de una conducta como infracción administrativa o delito (así como la correspondiente aplicación de una sanción administrativa o penal, según sea el caso), dependerá de la entidad y trascendencia de la conducta ilícita que se pretenda castigar, de modo tal que, por regla general se considera que las contravenciones menores (o "ilícitos bagatela", como los denomina la doctrina europea) deben ser objeto de punición mediante sanciones administrativas."

algunas características de la prueba indiciaria, como lo es la acreditación de la existencia de indicios, su pluralidad, el proceso deductivo y juicio de inferencia, entre otras. Sin embargo, no es menos cierto que la prueba indiciaria tiene matices en su aplicación tanto en el procedimiento penal como en el procedimiento administrativo.

174. En el proceso penal la prueba indiciaria debe estar compuesta por indicios que permitan superar el principio de presunción de inocencia constitucionalmente reconocido en el literal e) del artículo 24 de la Constitución Política del Perú, como derecho fundamental de la persona¹³⁰.
175. Por su parte, en el procedimiento administrativo sancionador, la prueba indiciaria debe tener una carga probatoria que permita superar el principio de presunción de licitud contemplado en el numeral 9 del artículo 230 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹³¹.
176. De este modo, las garantías involucradas en la aplicación de la prueba indiciaria, tanto en sede penal como en sede administrativa sancionadora, no son las mismas, a pesar de que comparten la misma lógica enfocada a la necesidad de obtener un grado demostrativo de certeza que desvirtúe una condición preestablecida existente en el sujeto investigado: se le presume inocente o se presume que ha actuado de manera lícita, en tanto no se acredite lo contrario.
177. Consecuentemente, la figura de la prueba indiciaria contiene un matiz de aplicación que debe resultar proporcional a la garantía que el investigado posee como derecho o condición preestablecida (Presunción de Inocencia y Presunción de Licitud), lo cual impacta en la labor resolutoria del juzgador para uno y otro caso.

PEDRESCHI GARCÉS, Willy. "Análisis sobre la potestad sancionadora de la administración pública y el procedimiento administrativo sancionador en el marco de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General". En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444*. Primera Edición. Lima: Ara Editores. 2003. Pg. 507.

130

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

(...)

e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

131

LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

178. En atención a ello, se deberá ejercer la valoración de la prueba indiciaria contemplando sus características comunes aplicativas tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo Sancionador, pero sin obviar las diferentes garantías involucradas en ambos casos, en tanto el quebrantamiento de la Presunción de Inocencia importará la aplicación de una sanción penal sustancialmente más grave que la sanción que derive de una infracción administrativa.
179. En tal sentido, la doctrina ha tenido presente que la aplicación de las garantías y principios del proceso penal en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador no puede ser una aplicación literal sino que debe adaptarse a sus especiales peculiaridades¹³².
180. Finalmente, resulta importante destacar que el administrado podrá ejercer su derecho a la contraprueba con la finalidad de restar coherencia lógica al razonamiento indiciario.
181. En otras palabras, la función principal de la contraprueba o del contra-indicio que pudieran ser aportados por los administrados, será la de desbaratar el razonamiento lógico del juzgador que se configura a partir de la evaluación de la pluralidad de indicios.
182. Es preciso subrayar que en tanto la prueba indiciaria posee un reconocimiento probatorio pleno, por parte de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, dicho escenario genera un impacto en el grado de solidez que deben presentar los contra-indicios con la finalidad de desvirtuar la carga probatoria indiciaria. Por lo que el factor contra-indiciario debe tener una real consistencia y solidez. Por ello, resulta necesario efectuar un análisis cuidadoso de los contra-indicios que sean presentados.
183. En atención a los fundamentos expuestos en el presente apartado, resulta posible concluir que para la correcta aplicación de la prueba indiciaria resulta necesario que confluyan los siguientes elementos:
- (i) Pluralidad de hechos (indicios) debidamente acreditados.
 - (ii) Razonamiento lógico deductivo entre los hechos acreditados y la hipótesis esbozada por la autoridad; y,
 - (iii) Desvirtuar los contra-indicios ofrecidos por los investigados a fin poder sostener que la única explicación posible a los hechos acreditados sea la de la realización de la hipótesis planteada por la autoridad.

¹³² GOMEZ TOMILLO, Tomás y SANZ RUBIALES, Iñigo. Op. Cit. Pgs. 109 a 114.
68/236

III.5.4 Particularidades de la aplicación de la prueba indiciaria en el marco de infracciones a las normas de la Libre Competencia

184. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto Legislativo 701, constituyen infracciones administrativas los actos que limiten, restrinjan, o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general.
185. Asimismo, el legislador ha previsto un dispositivo específicamente aplicable a las prácticas colusorias, estableciendo que se entiende por estas a 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.
186. La detección de conductas colusorias constituye uno de los escenarios de investigación más complejos. Por tanto, la probanza de la existencia de un acuerdo anticompetitivo demandará que la autoridad utilice los mecanismos de detección más amplios que permite el Derecho Administrativo Sancionador¹³³.
187. Por tanto, los niveles de sofisticación utilizados para la adopción de acuerdos anticompetitivos demanda que el derecho represor de tales conductas amplíe sus niveles de valoración probatoria a efectos de tener un real carácter persecutorio sobre tales conductas.
188. Tal como ha sido desarrollado, la prueba indiciaria se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento, por lo cual esta puede ser empleada válidamente en el análisis de conductas colusorias. Por tanto, es fácil concluir que la utilización del mecanismo indiciario se encuentra habilitada de acuerdo a ley y se justifica por razones de necesidad probatoria.
189. A lo anterior debemos agregar que pueden existir diversas circunstancias que viabilicen aún más la adopción de acuerdos colusorios sin elevados costos de transacción para los agentes involucrados, o bajo mecanismos no documentales. Por ejemplo, la presencia de una demanda atomizada de los productos o servicios o la existencia de una oferta sumamente concentrada,

¹³³ Sobre el particular Eduardo Quintana señala lo siguiente:

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

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

permitirá a los agentes realizar coordinaciones o acuerdos de manera directa, sin mayores vestigios que den cuenta sobre dichas conductas¹³⁴. Es sumamente factible la realización de reuniones presenciales o coordinaciones verbales entre los representantes de determinados agentes en el mercado, en las cuales se entablen acuerdos anticompetitivos.

190. Conforme se desprende de los argumentos expuestos, el objetivo de la prueba indiciaria en la evaluación de conductas anticompetitivas y, específicamente para el análisis de los acuerdos colusorios, radica en permitir una adecuada valoración acerca de la efectiva realización de tales acuerdos, utilizando para ello un razonamiento lógico deductivo derivado de una pluralidad de factores que el juzgador ha analizado y que, coincidentemente, denotan un comportamiento colusorio entre los agentes.
191. Dichos factores serán analizados a partir de la posibilidad material de la realización de los acuerdos ilícitos y del examen que realice el juzgador sobre la adopción de los mismos deberá regirse por fundamentos económicamente racionales y que se encuentren presentes en las decisiones empresariales de los agentes en el mercado.
192. Dentro de las pruebas o evidencias circunstanciales de la existencia de un acuerdo colusorio, la Sala ha señalado que pueden distinguirse dos tipos: (i) las comunicaciones y (ii) los indicios económicos¹³⁵.

III. 5.4.1 Comunicaciones

193. Las comunicaciones entre investigados son una típica evidencia circunstancial utilizada en los procedimientos de investigación por presuntas prácticas restrictivas de la competencia.
194. A diferencia de las pruebas directas, estas comunicaciones no acreditan el funcionamiento del cartel o los participantes en el mismo, sino que únicamente demuestran un acercamiento entre las empresas investigadas, lo cual sería un elemento más que genere la presunción de la existencia de algún acuerdo.

III. 5.4.2 Evidencia económica

195. La evidencia económica es uno de los principales indicios que utilizan las autoridades de competencia para la investigación y sanción de acuerdos

¹³⁴ Cabe resaltar que este tema será desarrollado con mayor detalle en el apartado correspondiente a las condiciones que facilitan la colusión.

¹³⁵ Al respecto ver la Resolución 048-2008/TDC-INDECOPI del 16 de enero de 2008, emitida en el marco del Expediente 005-2004/CLC, seguido por el señor Federico León y León León contra Ucisa S.A., Industria Textil Piura S.A., Compañía Industrial Textil Credisa Trutex S.A.A. y Tiendas Unidas S.A.

anticompetitivos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que algunos hechos pueden tener más de una explicación plausible.

196. La principal evidencia económica utilizada en una investigación por prácticas restrictivas de la competencia es el paralelismo. Es decir, la existencia de una actuación similar entre empresas competidoras. Por ejemplo, el paralelismo puede expresarse, entre otros, a través de una evolución de precios idéntica o de decisiones similares entre competidores.
197. Tal como ha sido desarrollado en la presente Resolución, la evaluación del paralelismo por sí sola no acredita la existencia de un acuerdo colusorio, puesto que podrían existir explicaciones alternativas que acrediten que tal comportamiento obedece a una respuesta unilateral a cambios en el mercado.
198. Así, la verificación del paralelismo de precios podrá llevar a la autoridad de competencia a la conclusión de la existencia de un acuerdo colusorio expreso, cuando dicha hipótesis constituya la única explicación lógica.
199. Otras conductas o datos sobre el desarrollo de la industria pueden constituir indicios sobre la existencia de un cartel, por ejemplo, beneficios supra-competitivos, participaciones de mercado estables o infracciones anteriores a la legislación de defensa de la competencia.
200. Un importante indicio sobre la existencia de una práctica anticompetitiva consiste en la evidencia de un fenómeno irracional, que no podría ser explicado sino bajo la hipótesis de una concertación. Este fenómeno inexplicable razonablemente en un escenario de competencia, puede ser extraído del propio mercado como la uniformidad de precios, o puede consistir en una actuación de los propios agentes del mercado, lo que es conocido a nivel doctrinario como las acciones contrarias al propio interés. Estas conductas contrarias al propio interés pueden tener lugar, por ejemplo, mediante una política de precios supra-competitivos que no tendría sustento dadas las condiciones del mercado.
201. Finalmente, resulta ilustrativa la posición del Poder Judicial español, el cual señala la especial consideración que debe otorgársele a la prueba indiciaria en el caso de sanción de las conductas anticompetitivas:

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

acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda.¹³⁶ (Subrayado agregado)

III.5.5 La aplicación de la prueba indiciaria en los casos de libre competencia: experiencia jurisprudencial nacional y extranjera

202. En el marco de la aplicación de la prueba indiciaria para casos de infracciones a las normas de represión de conductas anticompetitivas, los tribunales peruanos y extranjeros han coincidido respecto de su necesaria presencia y valoración por parte del juzgador.

203. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la República ha sido clara al reconocer el empleo de la prueba indiciaria como parte de los métodos probatorios utilizados en la detección de presuntas conductas anticompetitivas. Así, al pronunciarse sobre la sanción impuesta por el Indecopi a Corporación Molinera S.A. por haber concertado el precio de la harina de trigo con sus competidores, señaló lo siguiente¹³⁷:

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

204. Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia de la República, a partir de la sanción impuesta por el Tribunal del Indecopi a las empresas Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A. por prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de concertación de precios en procesos de selección convocados por Petróleos del Perú S.A. (Resolución N° 255-97-TDC/INDECOPI), avaló la aplicación de la prueba indiciaria para el análisis de este tipo de acuerdos anticompetitivos. Así, la Corte Suprema concluyó que a pesar que no existía un documento que revele un acuerdo expreso suscrito por las investigadas, sí existían conductas que en conjunto revelaban la presencia de un acuerdo anticompetitivo:¹³⁸

“(...) si bien la Resolución de Primera Instancia [había indicado] que no [tenía] prueba directa que determine tal hecho, esto es, un documento suscrito que pruebe el

¹³⁶ Sentencia 4403/2012, de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 6, de fecha 25 de octubre de 2012.

¹³⁷ Sentencia de fecha 18 de octubre de 1999 expedida en el expediente AV. 98-96 y recaída en el proceso contencioso administrativo seguido contra la Resolución N° 1104-96-INDECOPI/TRI.

¹³⁸ Sentencia de fecha 08 de junio de 2000 expedida en el expediente AV. 71-98 y recaída en el proceso contencioso administrativo seguido contra la Resolución N° 255-97TDC-INDECOPI.

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

205. A nivel de jurisprudencia internacional, el Tribunal Constitucional español es claro al ratificar la validez de la prueba indiciaria para los casos de conductas anticompetitivas, destacando que los documentos que puedan aportar las empresas investigadas en este tipo de casos, a efectos de desvirtuar el juicio lógico derivado de la prueba indiciaria, debieran estar encaminados a demostrar la inexistencia de un acuerdo anticompetitivo y no la simple acreditación de aspectos económicos que no incidan en la posibilidad de la existencia de un acuerdo de este tipo¹³⁹:

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

206. Por su parte, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España subraya la importancia de la aplicación de la prueba indiciaria tomando en consideración las características del mercado investigado, en un caso de acuerdo de repartición de mercado. Adicionalmente, destaca que los escenarios de mercados concentrados que enfrentan una demanda atomizada, favorece la concertación:

"Y es que los indicios que puede exteriorizar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia deben interpretarse y valorarse teniendo en cuenta las características del mercado en que aparecen. El de los servicios de conservación de ascensores en Burgos y su provincia favorece la concertación entre los ofertantes al estar la oferta

¹³⁹ Sala Segunda. Sentencia 175/2012, de 15 de octubre de 2012. Recurso de amparo 2675-2009. Promovido por Buque Bus España, S.A., en relación con las Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que confirmaron la sanción impuesta por concertación de precios con otras empresas navieras.

*concentrada en un número pequeño de empresas que se enfrentan con una demanda atomizada (...). Los indicios de que se ha estado practicando el acuerdo de repartirse el mercado, o de mantener el reparto ya hecho, incluso en ausencia de otras pruebas que podrían haberse practicado estima el Tribunal que son suficientes para declarar la existencia de la práctica.*¹⁴⁰

207. Finalmente, en relación con los acuerdos colusorios, la doctrina norteamericana subraya que las Cortes Norteamericanas se encuentran familiarizadas con el análisis indiciario y con la realización del juicio de inferencia propio de la obtención de certeza derivada de la prueba indiciaria:

*“Mientras que evidentemente existen límites fuera de los cuales este ejercicio se convierte en especulativo, las Cortes en Estados Unidos de Norteamérica normalmente permiten hacer inferencias sobre la base de indicios únicamente. Se trata de un proceso empírico que implica un razonamiento inductivo: inferencia basada en la acumulación del mismo tipo de hechos. Este proceso no es susceptible de un análisis sofisticado. Por consiguiente, para las Cortes en Estados Unidos de Norteamérica, un hallazgo o hecho puede basarse enteramente en indicios, a menos que salga a la luz alguna hipótesis inconsistente con estos hechos.”*¹⁴¹

208. En suma, existe consenso jurisprudencial nacional e internacional en relación a la necesaria aplicación de la prueba indiciaria en el marco de las investigaciones sobre casos de acuerdos colusorios que distorsionen la competencia. Así, dichos tribunales han coincidido en que la certeza sobre la comisión de una conducta infractora debe evaluarse en función a una pluralidad de aspectos que en conjunto determinen su existencia, sin que sea necesaria una prueba directa que compruebe la misma¹⁴².

¹⁴⁰ Resolución del 18 de mayo de 1992 recaída en el Expediente 267/90 expedida por el Tribunal de Defensa de la Competencia de España. Pg. 14.

¹⁴¹ Traducción libre de:

“While there are clearly limits beyond which the exercise becomes speculative, the US Courts by contrast are usually fairly liberal in allowing inferences to be drawn from circumstantial evidence considered in its entirety. This is an empirical process involving inductive reasoning: inference based on the cumulation of persistent data. It is not really one susceptible of sophisticated analysis. So for the US courts, a finding of fact may be based entirely on circumstantial evidence, unless some hypothesis inconsistent with these facts can reasonably be predicated on that evidence (...).”

BARRISTER, Julian Mathic. “Attitudes to Anti-Trust Enforcement in the EU and US: Dodging the Traffic Warden, or Respecting the Law”. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1995_044_en.html (Consultado el 15 de mayo de 2013)

¹⁴² Sobre el particular Eduardo Quintana señala lo siguiente:

“Finalmente, no sólo existen pronunciamientos de tribunal que utilizan continuamente la prueba indiciaria en procedimientos sancionadores, sino que además la validez probatoria de los indicios ha sido reconocida por el Poder Judicial al pronunciarse en vía contencioso administrativa (...) Esta jurisprudencia resulta también fuente del procedimiento administrativo de acuerdo con las normas correspondientes. En tal sentido, de acuerdo con el ordenamiento legal peruano el uso de los indicios y presunciones resulta una prueba idónea para demostrar la existencia de infracciones administrativas, incluyendo las concertaciones entre competidores.”

QUINTANA SANCHEZ, Eduardo. Op, cit. Pg. 22.

III.5.6 La importancia de la prueba indiciaria para la detección de acuerdos colusorios en procesos de licitaciones públicas

209. De acuerdo con la OECD, existen dificultades en la detección y sanción de conductas anticompetitivas derivadas de concertaciones ilícitas, dado que no siempre es posible la obtención de pruebas directas sobre tales conductas, por lo cual adquiere importancia significativa la obtención y análisis de la prueba indiciaria.
210. En tal sentido, en febrero del año 2009, la OECD publicó el documento titulado *“Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas”*¹⁴³, informe que fue emitido como resultado de una preocupación de dicha entidad por la detección y sanción de eventuales acuerdos colusorios realizados en el marco de procesos de selección por considerar que la realización de dichas prácticas anticompetitivas¹⁴⁴ causaban perjuicios cuantiosos en los presupuestos estatales.
211. En dicho documento, la OECD resaltó la complejidad de la detección de los acuerdos colusorios cometidos en el marco de procesos de contratación pública y destacó la importancia de los indicios a fin de poder investigar y sancionar dichas prácticas anticompetitivas. En tal sentido, la OECD señaló lo siguiente:

“Los acuerdos de colusión para la manipulación de licitaciones pueden ser muy difíciles de detectar, pues normalmente se negocian en secreto. Sin embargo, en las industrias donde la colusión es común, los proveedores y los compradores podrían estar al tanto de añejas conspiraciones para manipular ofertas en licitaciones. En la mayoría de las industrias resulta necesario buscar evidencia, tales como patrones extraños de presentación de ofertas o de precios o algo que el proveedor diga o haga. Manténgase en guardia a lo largo de todo el proceso de adquisición, al igual que durante su investigación preliminar del mercado.

(...)

Ciertos patrones y prácticas de licitación parecen no corresponder a un mercado competitivo y apuntan hacia la posibilidad de que exista manipulación. Busque patrones poco usuales en las formas en las que las empresas licitan y la frecuencia con la que ganan o pierden ofertas de adquisición. También la subcontratación y las prácticas de proyectos conjuntos no reveladas pueden plantear sospechas.”
(Subrayado agregado)

212. En similar sentido, la Generalitat de Catalunya¹⁴⁵ señaló lo siguiente:

¹⁴³ Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf> . Pg. 15. (Consultado el 6 de mayo de 2013).

¹⁴⁴ La preocupación internacional por los acuerdos colusorios realizados en el marco de los procesos de licitación estatal será desarrollada un acápite posterior.

¹⁴⁵ Generalitat de Catalunya. Op. Cit. Pg. 23.

“Los acuerdos consistentes en alguna de las formas de colusión en la LP suelen ser muy difíciles de detectar ya que, en muchas ocasiones, las empresas que los realizan son conscientes de que son contrarios a las normas de competencia y toman las medidas que consideran oportunas para mantener sus pactos ocultos.

En consecuencia, resulta conveniente que los diversos organismos que participan en la contratación pública en Catalunya realicen un esfuerzo para detectar si existe algún elemento, durante o después de la adjudicación, que pueda constituir un indicio de la existencia de alguna de las conductas colusorias descritas en el presente documento”.
(Subrayado agregado)

213. Asimismo, en países como México, Chile y Colombia se han desarrollado lineamientos dirigidos a las autoridades de competencia y a las entidades estatales que realicen procesos de licitación a fin de que puedan identificar determinados patrones de conducta por parte de empresas concursantes que puedan resultar evidencias de acuerdos colusorios.
214. Los países antes señalados han desarrollado los siguientes documentos:
- (i) En México, la OECD emitió el documento titulado *“Combate a la colusión en los procedimientos de compras públicas del IMSS”*¹⁴⁶.
 - (ii) En Chile, la Fiscalía Nacional Económica publicó el documento *“Compras públicas y libre competencia”*¹⁴⁷.
 - (iii) En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio emitió su *“Guía práctica para combatir la colusión en licitaciones”*¹⁴⁸.
 - (iv) En España, la Comisión Nacional de la Competencia publicó su *“Guía sobre Contratación Pública y Competencia”*¹⁴⁹.
215. Dichos documentos han sido elaborados partiendo de la premisa de que resulta complejo encontrar medios probatorios que acrediten expresamente la celebración de un acuerdo colusorio en el marco de licitaciones públicas.
216. De lo expuesto se desprende que, a nivel internacional, se ha reconocido la necesidad del uso de la prueba indiciaria para la evaluación y detección de carteles realizados en el marco de procesos de licitación.

¹⁴⁶ Ver pie de página 46.

¹⁴⁷ Ver pie de página 47.

¹⁴⁸ Ver pie de página 48.

¹⁴⁹ Ver pie de página 49.

III.6 El presunto reparto de mercado en los procesos de selección convocados por EsSalud

217. De la revisión de la Resolución de Primera Instancia se aprecia que la Comisión fundamentó su hipótesis respecto a la existencia de un presunto reparto de mercado por parte de las denunciadas en los procesos de selección celebrados por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal, sustentándose para ello en la evidencia económica obtenida en el marco de la labor instructiva realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión.
218. A fin de sustentar su posición, la Comisión cumplió con expresar el nexo lógico que existiría entre los hechos identificados que constituyeron a su criterio indicios y la existencia de un presunto reparto de mercado, descartando a su vez las posibles explicaciones alternativas brindadas por las denunciadas para explicar su actuación en los procesos de contratación pública convocados por EsSalud.
219. Sin embargo, en sus apelaciones, las denunciadas coincidieron en señalar que la Comisión no habría cumplido con desestimar adecuadamente todos los contra-indicios presentados y que arbitrariamente se habría acogido la hipótesis del reparto de mercado, pese a que, a su criterio, han cumplido con acreditar que sus conductas respondieron a una lógica económica y empresarial adecuada y no a una presunta práctica anticompetitiva.
220. En atención a ello, resulta necesario analizar los indicios encontrados por la Comisión así como las explicaciones alternativas brindadas a estos por parte de Praxair, Aga y Messer, para verificar si existe una hipótesis alternativa a la planteada por la primera instancia que pueda sustentar bajo parámetros razonables y de eficiencia económica la conducta de las denunciadas.
221. Para la realización de dicho análisis, resulta pertinente efectuar una descripción previa de las características de los acuerdos entre competidores, así como del mercado de oxígeno para establecer si este último presenta condiciones que facilitan la colusión.

III.6.1 El funcionamiento de una práctica colusoria de reparto de mercado

222. Según la Comisión Nacional de Competencia de España¹⁵⁰, a través de los acuerdos de reparto de mercado en procesos de contrataciones públicas, los competidores buscan restringir la competencia mediante la distribución de zonas de abastecimiento o de clientes, con la finalidad de obtener beneficios que no les serían posibles en un escenario de efectiva competencia.

¹⁵⁰ Ídem.

223. Una de las principales características de una práctica colusoria, como ejemplo, una estrategia de reparto de mercado, es que debido al carácter coordinado de la conducta y ante la existencia de menor competencia, se logra elevar artificialmente los precios de los productos y servicios, reduciendo con ello el bienestar de la sociedad. Desde el punto de vista económico, los precios de las empresas resultan mayores a los que se presentarían en un entorno competitivo, o dicho de otra manera, se permite una situación donde las empresas fijan precios lo suficientemente cercanos a los de un monopolio como consecuencia de la acción concertada¹⁵¹.
224. En ese sentido, tanto en términos de rentabilidad para los participantes del cartel, como de perjuicio para los consumidores, el resultado de las prácticas colusorias entre competidores es similar al de un monopolio. Así, entre los efectos dañinos que se producirían a consecuencia de estas prácticas, Quintana señala los siguientes¹⁵²:
- (i) afectan al comprador o consumidor al permitir que se le cobre precios mayores o que se le imponga condiciones menos beneficiosas que las que primarían en un mercado competitivo;
 - (ii) privan al comprador o consumidor de la posibilidad de elegir entre distintas opciones de precios, calidades u otras condiciones de venta; y,
 - (iii) limitan los incentivos a la eficiencia e innovación de las empresas que participan de la práctica, pues al desaparecer los riesgos de la competencia, también desaparece el impulso a ganarle a los rivales.
225. Asimismo, como resalta Hovenkamp, es importante tomar en consideración que un cartel de competidores puede crear un poder de mercado rápidamente y a bajo costo, lo que significa que la colusión puede ser rentable incluso si es imperfecta o dura un corto periodo. De esta manera,

¹⁵¹ MOTTA, Massimo. "Competition Policy. Theory and Practice". Cambridge University Press. New York, 2004. Pgs.137 y 138. Al respecto se ha señalado que: "Las prácticas colusorias permiten a las empresas ejercer poder de mercado que de otra manera no tendrían, y restringir artificialmente la competencia e incrementar los precios, reduciendo el bienestar. (...) En economía, la colusión es una situación donde los precios de las firmas son superiores a los de competencia. Una definición un poco diferente caracteriza a la colusión como una situación donde las empresas fijan los precios lo suficientemente cerca de los precios de monopolio".

Traducción libre de: "Collusive practices allow firms to exert market power they would not otherwise have, and artificially restrict competition and increase prices, thereby reducing welfare. (...) In economics, collusion is a situation where firms' prices are higher than some competitive benchmark. A slightly different definition would label collusion as a situation where firms set prices which are close enough to monopoly prices."

¹⁵² QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. Op.Cit. Pg.18.

incluso aquellos mercados que no son propensos a un monopolio estructural pueden ser objeto de acuerdos colusorios¹⁵³.

226. A su vez, para evaluar la presunta práctica de reparto de mercado investigada en el presente caso resulta pertinente describir aquellos fundamentos en los que se basa una colusión sostenible en el tiempo¹⁵⁴.
227. Para que un grupo de competidores decidan adoptar y mantener un acuerdo, los beneficios de mantenerse en el mismo deben ser superiores al beneficio esperado de desviarse.

Beneficio esperado del acuerdo $\geq$ Beneficio esperado del desvío

228. Los beneficios obtenidos dentro de cada periodo de interacción de los miembros de un acuerdo no son comparables entre ellos. Por ejemplo, si una de las empresas recibe S/. 100 en el primer periodo de interacción como consecuencia del acuerdo y recibe el mismo monto en el siguiente periodo, dichos valores no se pueden sumar para determinar el beneficio esperado del acuerdo. Esto sucede debido a que el valor del dinero cambia a lo largo del tiempo. Así, los agentes prefieren recibir dinero en el presente que en el futuro.
229. Por lo antes expuesto, es necesario considerar el valor del dinero en el tiempo para evaluar los beneficios esperados de sostener el acuerdo como de desviarse de él, para lo cual se incluirá una variable denominada factor de descuento. Dicho factor explica la valoración de ingresos futuros en el presente.
230. Si el factor de descuento toma el valor de 1, a un agente le es indiferente recibir un monto en el presente que ese mismo monto en cualquier momento

¹⁵³ HOVENKAMP, Herbert. "The Antitrust Enterprise. Principle and Execution". Harvard University Press. Cambridge Massachusetts, 2005. Pg. 125. Sobre el particular, el autor señala: "Los acuerdos entre competidores son la clase más sospechosa de conducta anticompetitiva. Las empresas negocian con clientes y proveedores diariamente. Por el contrario, los acuerdos entre competidores son más sospechosos y menos frecuentes, haciéndolos más fáciles de observar. Además, para una sola empresa obtener un poder de mercado significativo es difícil y costoso, y la mayoría fracasa en el intento. Como resultado la persistencia de un monopolio es rara y sólo existe en estricto bajo ciertas condiciones estructurales. Sin embargo, un cartel de competidores puede crear un poder de mercado de forma rápida y barata. Esto significa que la colusión puede ser rentable aunque sea imperfecta o dure poco tiempo. Muchos mercados que no son propensos a un monopolio estructural pueden ser objetivo de colusión".

Traducción libre de: "Agreements among competitors are the most suspect class of antitrust conduct. Firms deal with customers and suppliers daily. By contrast, agreements among competitors are both more suspicious and less frequent, making them easier to observe. In addition, for a single firm to obtain significant market power is difficult and costly, and most fail in the attempt. As a result persistent monopoly is rare and exists only under narrowly defined structural conditions. However, a cartel of competitors can create a market power quickly and cheaply. This means that collusion can be profitable even if it is imperfect or lasts a short time. Many markets that are not prone to structural monopoly may be targets of collusion." (Subrayado agregado)

¹⁵⁴ Basado en Motta Op. Cit. Pg. 137-166.

en el futuro. Por el contrario, si el valor es cercano a 0, el agente valora en gran medida el presente y ese mismo monto recibido en el futuro le representará ingresos ínfimos.

231. En relación con los beneficios esperados de una concertación, estos se darán a partir del momento en que se adopte el acuerdo y en los siguientes periodos de interacción que dure la concertación. Dichos beneficios deben ser comparados con los beneficios esperados del desvío, los cuales se componen de dos elementos: (i) las ganancias que recibe una empresa en el presente por desviarse del acuerdo; y, (ii) los beneficios futuros que percibirá, los cuales se verán afectados, de ser el caso, por la represalia o castigo proveniente de las otras empresas que conforman el acuerdo. Dicho castigo también podrá implicar el retorno a una situación de competencia, en donde no existen beneficios extraordinarios.
232. El factor de descuento es relevante dentro de este análisis puesto que, si una empresa valora de manera significativa el presente respecto del futuro (factor de descuento cercano a cero), la probabilidad de desvío se incrementa, pues preferirá recibir un monto significativo de beneficios en el presente, pese a que sus beneficios futuros se verán reducidos como consecuencia del castigo por desvío.
233. Por el contrario, una empresa que valore en similar medida el presente que el futuro (factor de descuento cercano a 1), contribuirá a sostener el acuerdo, pues los beneficios recibidos en el presente en caso de desvío, probablemente no compensarán aquellos beneficios futuros que dejaría de percibir al aplicarse el castigo o represalia de los demás miembros del acuerdo.
234. Habiéndose descrito los fundamentos para la adopción de un acuerdo colusorio, corresponde proceder a evaluar las características propias del mercado en evaluación.

III.6.2 Condiciones del producto y del mercado investigado

235. De acuerdo con las apelantes, la Comisión habría incurrido en errores en la comprensión del funcionamiento del mercado de oxígeno. Asimismo, no habría determinado el mercado relevante, el cual comprendería no solo el mercado de EsSalud, sino también el resto del mercado medicinal y el mercado industrial, pues los procesos productivos son los mismos.
236. En particular, si bien Praxair reconoció que no es una práctica común el analizar el mercado relevante al evaluar este tipo de prácticas en tanto solo bastaría verificar la existencia de una conducta concertada, considera que en

este caso la definición sí debe ser llevada a cabo, al tratarse de un caso en el que no existen pruebas que acrediten directamente la infracción¹⁵⁵.

237. Al respecto, la Sala coincide con la Comisión en que no resulta necesario delimitar el mercado relevante en una investigación de prácticas colusorias horizontales, incluso ante la ausencia de pruebas directas. Ello debido a que la determinación de mercado relevante responde a una metodología de análisis necesaria para determinar la existencia de un requisito indispensable en la evaluación de casos de abuso de posición de dominio¹⁵⁶, supuesto que no es materia de evaluación en el presente caso.
238. En opinión de este Colegiado, una práctica de reparto de mercado resultará ilegal, sin importar si esta involucra una proporción grande o pequeña de las ventas totales de la empresa. En tal sentido, corresponde desestimar el cuestionamiento de las apelantes sobre la necesidad de determinar el mercado relevante.
239. Sin perjuicio de ello, sí se considera importante tener un conocimiento cabal del mercado en el cual se habría producido la conducta investigada (mercado de oxígeno medicinal en los procesos de selección convocados por EsSalud) con el objetivo de determinar si el comportamiento de las empresas puede ser explicado por las características del mercado (tomando en cuenta para ello una lógica empresarial y económica), o si, por el contrario, su

¹⁵⁵ Ver foja 5018 del expediente.

¹⁵⁶ El requisito que se busca determinar es la existencia de posición de dominio, para lo cual se requiere precisamente primero establecer cuál es el mercado relevante, conforme ha sido recogido en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas:

Artículo 6.- El mercado relevante.-

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.-

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.
- (...)

(Subrayado añadido)

comportamiento únicamente estaría explicado por la existencia de una práctica colusoria.

240. En consecuencia, se ha considerado pertinente analizar lo siguiente: (i) el funcionamiento del mercado de oxígeno en general, (ii) las características de los procesos convocados por EsSalud; y, finalmente (iii) si se presentan características en el mercado que facilitarían la implementación de una práctica concertada.

III.6.2.1 Descripción del mercado de oxígeno

a) La producción de oxígeno

241. El proceso productivo del oxígeno se lleva a cabo en plantas de separación de aire, denominadas ASU (Air Separation Unit). Dichas plantas extraen aire del ambiente –el cual representa su principal insumo– y a través de diferentes procesos de purificación¹⁵⁷, compresión¹⁵⁸, enfriamiento¹⁵⁹, licuefacción y separación¹⁶⁰ se obtienen distintos tipos de gases tales como oxígeno, nitrógeno y argón¹⁶¹.
242. De acuerdo con la información detallada en las respuestas a los requerimientos de información realizados a las investigadas, antes de construir una planta se debe elegir la tecnología a implementar, la cual define en qué tipo de gas obtenido del aire (oxígeno, nitrógeno o argón) se especializará. Esta decisión se determina al iniciar la implementación y operación de la planta¹⁶².
243. En el caso de las empresas denunciadas se ha verificado, a partir de información remitida por estas respecto de su producción y ventas, que la mayor parte de su producción se concentra en la elaboración de oxígeno sobre otros gases como son el nitrógeno o el argón.

¹⁵⁷ La purificación consiste en realizar un primer filtro de partículas que se encuentran en el aire.

¹⁵⁸ El aire se comprime a alrededor de 6 bares (unidad de presión) una vez que las partículas han sido separadas.

¹⁵⁹ Una vez comprimido, el aire se enfría a -180°C, donde se inicia la licuefacción.

¹⁶⁰ Los distintos tipos de gases obtenidos llegan a su estado líquido a diferentes niveles de enfriamiento, siendo necesario en algunos casos el uso de otros gases del aire para su obtención. Por ejemplo, se utiliza nitrógeno como parte del proceso productivo del oxígeno líquido.

¹⁶¹ En tal sentido ver a fojas 4627 del expediente el informe denominado “Análisis de los costos de producción y distribución del gas medicinal” elaborado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico y presentado por Aga el 23 de abril de 2010.

¹⁶² Praxair señaló que se trata de una decisión sobre la tecnología a adoptar, la cual puede enfocarse en oxígeno o en nitrógeno. Asimismo, indicó que una vez que la planta es construida, esta decisión es irreversible. (Ver fojas 1672 y 2325 del expediente).

244. En relación con la instalación de este tipo de plantas, su instalación requiere una fuerte inversión inicial de alrededor de US\$ 20 millones¹⁶³.
245. Asimismo, en cuanto a su operación, estas plantas requieren de energía eléctrica como elemento principal para su funcionamiento¹⁶⁴, en particular, en los procesos de enfriamiento y posterior licuefacción de gases. Cabe indicar que si la planta es apagada, tomaría entre 8 y 12 horas reiniciar la producción desde que es prendida nuevamente. Por tal motivo, las empresas que poseen este tipo de plantas se encuentran interesadas en garantizar un volumen mínimo de ventas que justifique su operación durante las 24 horas¹⁶⁵.
246. Por tanto, la producción en el mercado de oxígeno se caracteriza por lo siguiente: (i) altos costos hundidos vinculados a la instalación de una planta de producción; y, (ii) el oxígeno se elabora de manera conjunta con otros gases tales como el nitrógeno o el argón.

b) Segmentos de comercialización: oxígeno medicinal e industrial

247. El oxígeno puede ser clasificado en función del tipo de cliente, en medicinal o industrial. Dicha clasificación responde primordialmente al uso que cada comprador le otorga al oxígeno¹⁶⁶.
248. Por un lado, el oxígeno medicinal se dirige a dos tipos de clientes: (i) públicos (dentro de los que se encuentran las siguientes entidades: EsSalud, MINSA y los hospitales de las Fuerzas Armadas); y (ii) privados (clínicas y otras entidades prestadoras de servicios de salud)¹⁶⁷. Algunos de los usos del oxígeno medicinal son los siguientes: terapia de inhalación, nebulización, anestesias, funcionamiento de equipos médicos, entre otros¹⁶⁸.

¹⁶³ Tal es el caso de Praxair que indicó que el valor de reposición de su planta de producción en Pisco era de US\$ 25 millones (ver foja 1685 del expediente), mientras que el informe del señor Germán Meneses Castagnino (Consultor contratado por EsSalud para la elaboración de las bases de la LP 0199L00052 de 2002-2003) indicaba que una planta criogénica con una producción mensual de 3.6 millones de m³ costaría US\$ 17.8 millones (ver foja 388 del expediente).

¹⁶⁴ De acuerdo con Aga, la energía eléctrica representa alrededor del 80% del costo operacional del proceso de producción (Ver foja 1802 del expediente).

¹⁶⁵ Tal es el caso de la empresa Praxair que refirió que necesita garantizar un mínimo de 70% de uso de su capacidad instalada para justificar la operación de la planta las 24 horas del día. (Ver fojas 1675 y 2326 del expediente).

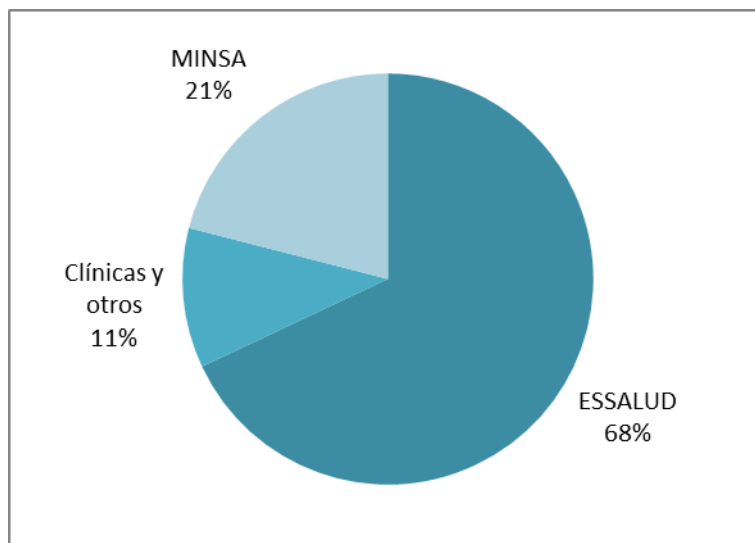
¹⁶⁶ A pesar de ello, el oxígeno posee las mismas características indistintamente de si este se dirige al segmento industrial o medicinal y únicamente varía en la forma de aprovisionamiento y los requerimientos involucrados por cada cliente.

¹⁶⁷ Las denunciadas hicieron mención a lo largo de sus escritos a dicha categorización de clientes. Así, por ejemplo, Aga presentó el detalle de sus clientes públicos y privados entre 1999-2004 (ver foja 1787 del expediente).

¹⁶⁸ Para mayor detalle, consultar "Clinical Guidelines – Oxygen delivery". The Royal Children's Hospital Melbourne. Disponible en: http://www.rch.org.au/rchcpg/hospital_clinical_guideline_index/Oxygen_delivery/. (Consultado el 20 de abril de 2013).

249. De los clientes medicinales, EsSalud es la entidad que demandó un mayor volumen de oxígeno durante el periodo investigado. Así por ejemplo, concentró el 68% de las compras de oxígeno durante el año 2002, tal como puede observarse en el gráfico a continuación.

Gráfico N° 1
Demanda de oxígeno medicinal a nivel nacional
(2002)



Fuente: EsSalud
Elaboración: ST-CLC¹⁶⁹ en Informe Técnico de Primera Instancia¹⁷⁰

250. Cabe señalar que para la adquisición del oxígeno medicinal por parte de entidades públicas, se realizan convocatorias públicas en las cuales se detallan las características requeridas para su abastecimiento y donde participan aquellas empresas que cumplan con las especificaciones de la entidad convocante.

251. Si bien el volumen demandado por EsSalud es el más importante dentro del segmento medicinal, existe otro segmento que demanda el mayor volumen de oxígeno producido: el mercado industrial.

252. El oxígeno industrial es utilizado como insumo para diferentes procesos productivos en sectores tales como la minería, siderurgia, metalurgia, entre otros. Así por ejemplo, el oxígeno industrial se utiliza para tratamientos piro-

¹⁶⁹ En adelante, este término hará referencia, en los gráficos o cuadros presentados, a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

¹⁷⁰ Ver Gráfico 1 de la referida resolución, el cual obra a fojas 4233 del expediente.

metalúrgicos, procesos de soldadura y corte de metales, y purificación de acero¹⁷¹.

253. Existen procesos productivos que, por su naturaleza, requieren un volumen importante y continuo de oxígeno, por lo que su abastecimiento se realiza a través de ductos o también denominado *on site*¹⁷².
254. Es precisamente la demanda de este tipo de clientes la que justifica la ubicación de las plantas de producción en zonas cercanas a los grandes demandantes y permite cubrir los costos hundidos inherentes al negocio. Por estas características, los contratos son de largo plazo de tal manera que las abastecedoras de oxígeno puedan recuperar en dicho plazo, las inversiones realizadas.
255. Así por ejemplo, durante el periodo investigado, los principales clientes industriales de Praxair eran Corporación Aceros Arequipa S.A. y Funsur S.A.¹⁷³, mientras que en el caso de Messer su principal cliente era la Empresa Siderúrgica del Perú S.A.A. (en adelante, SiderPerú). En ambos casos, las plantas de producción se ubicaban en zonas cercanas a las plantas de sus clientes y se garantizaba una provisión continua a través de ductos¹⁷⁴.
256. Estos clientes garantizaban un nivel de demanda continua y debido a la ubicación cercana a la planta de producción, los precios eran significativamente menores en relación con los demás tipos de clientes¹⁷⁵.
257. Además de las empresas a las que se les brinda una provisión *on site*, existen otros clientes industriales con un menor volumen de demanda que requieren un abastecimiento con menor continuidad.
258. Este tipo de clientes realizan cotizaciones y negocian con las proveedoras de oxígeno y contratan con aquella que cumpla mejor sus necesidades. Dichos

¹⁷¹ New Zeland Institute of Chemistry. "Industrial gases". Disponible en: <http://nzic.org.nz/ChemProcesses/production/1K.pdf> (Consultado el 2 de mayo de 2013). Ver también: <http://global.britannica.com/EBchecked/topic/54970/basic-oxygen-furnace> (Consultado el 2 de mayo de 2013).

¹⁷² Para una definición de abastecimiento *on site* revisar la siguiente página web: http://www.messer.es/Productos_y_suministro/Gases/Formas_de_Suministro/Plantas_On-Site/Plantas_on_site.pdf. (Consultado el 13 de mayo de 2013).

¹⁷³ Refinería propiedad de MINSUR.

¹⁷⁴ En el caso de Praxair, esta empresa señaló que ambas plantas se encontraban frente a la planta de producción de oxígeno, lo cual facilitaba su abastecimiento. (Ver foja 2344 del expediente). En el caso de Messer, su contrato con SiderPerú estipulaba la construcción de una planta de separación de gases dentro de la planta industrial de esta empresa siderúrgica. (Ver foja 2173 del expediente).

¹⁷⁵ Por ejemplo, el contrato entre Messer y SiderPerú involucraba un precio pagado por consumos adicionales de US\$ 0.025 por m³ en el caso del oxígeno gaseoso y de US\$ 0.18 por m³ en el caso del oxígeno líquido. (Ver foja 2253 del expediente).

clientes eligen a sus proveedores de oxígeno sobre la base de factores como: calidad, precio, continuidad de servicio, entre otros¹⁷⁶.

259. A decir de las recurrentes, la oferta de oxígeno medicinal se encuentra íntimamente ligada con el mercado industrial¹⁷⁷, en tanto la prioridad es el abastecimiento de este último debido a sus mayores plazos de contratación y menores costos logísticos involucrados¹⁷⁸, mientras que el mercado medicinal es únicamente abastecido de manera residual, una vez que la demanda por oxígeno industrial ha sido cubierta¹⁷⁹.

c) Tipos de oxígeno: gaseoso y líquido

260. En cuanto a su presentación, el oxígeno puede comercializarse en su estado gaseoso o líquido. Asimismo, el oxígeno no solo puede ser suministrado a través de ductos (lo cual sucede con el oxígeno gaseoso), sino que también puede ser comercializado mediante tanques criogénicos (oxígeno líquido) y de cilindros (oxígeno gaseoso).
261. Si bien el oxígeno puede consumirse únicamente en su estado gaseoso, puede ser comprimido a niveles de 790 veces su volumen a una temperatura de -183°C, para facilitar su traslado a largas distancias, tal como ha sido indicado por las empresas. Ello reduce los costos de transporte, pues las cisternas en las que el oxígeno líquido es transportado pueden tener capacidades de alrededor de 24 TM¹⁸⁰.
262. El abastecimiento de oxígeno líquido involucra inversiones en activos fijos tales como los siguientes: (i) cisterna criogénica, (ii) tráiler que traslade el producto; y (iii) tanque de almacenamiento en el punto de entrega que cuente con un sistema de vaporización, lozas de concreto, paneles de control y revisión de instalación de tuberías que transporten el oxígeno a los diferentes puntos de uso dentro de las instalaciones del cliente¹⁸¹.

¹⁷⁶ Ver foja 1507 del expediente.

¹⁷⁷ En particular, Praxair señaló que la prioridad de dicha empresa era abastecer al segmento industrial y únicamente luego de haber abastecido a dicho segmento y de manera residual abastecía al segmento medicinal. Agregó que son justamente los crecientes compromisos con el segmento industrial los que le habrían impedido a la empresa abastecer a otras zonas en los procesos de selección convocados por EsSalud. (Ver foja 1741 y 1746 del expediente).

¹⁷⁸ Esto resulta importante debido a características de la industria tales como el hecho de ser intensiva en capital y de la necesidad de contar con largos periodos de recuperación.

¹⁷⁹ Cabe resaltar que más adelante se discutirá acerca de la importancia de EsSalud respecto de las ventas de las apelantes, así como el rol del segmento industrial.

¹⁸⁰ Según lo señalado por Praxair respecto de una de sus cisternas para el transporte de oxígeno líquido. (Ver foja 5022 del expediente).

¹⁸¹ Ello de acuerdo con lo indicado por las empresas. Ver por ejemplo lo señalado por Praxair (ver foja 5022 del expediente) y lo señalado por Aga (ver fojas 240 y 1827 del expediente).

263. A causa de tales costos, el traslado de oxígeno en su estado líquido es rentable únicamente si se demandan volúmenes significativos. Tal es el caso de algunos establecimientos de EsSalud como el Hospital Nacional Guillermo Almenara o el Hospital Nacional Edgardo Rebagliati, cuya alta demanda justifica un abastecimiento de este tipo de oxígeno, el cual tiene por lo general un menor precio por metro cúbico (m^3) que el oxígeno gaseoso.
264. Aquellas entidades cuyo volumen de demanda no justifique el abastecimiento de oxígeno líquido, tienen la posibilidad de demandar el producto en su estado gaseoso. En tales casos, la provisión de oxígeno se lleva a cabo en cilindros de diferentes capacidades, siendo las más comunes las de 6, 8 y 10 m^3 , los cuales usualmente son entregados a los clientes en calidad de comodato¹⁸².
265. Cabe indicar que únicamente alrededor del 10% del peso total de un cilindro corresponde al oxígeno propiamente dicho, mientras que el 90% restante responde al peso del cilindro en sí¹⁸³. Por estas características, su transporte se hace muy costoso y solo es rentable en distancias cortas, por lo que transportarlo solo se justifica por menores volúmenes de oxígeno demandado.
266. De otro lado, para el aprovisionamiento de oxígeno gaseoso, las empresas productoras poseen plantas de llenado para cubrir las necesidades de clientes que se ubican a una distancia significativa de sus plantas de producción y demandan volúmenes reducidos que no justifican el abastecimiento de oxígeno líquido. Las plantas de llenado se encuentran ubicadas en diferentes puntos del país donde las empresas productoras concentran clientes. El oxígeno líquido es trasladado hasta dichas, en donde es almacenado y convertido en gaseoso para su posterior envasado en cilindros y abastecimiento a clientes ubicados en zonas aledañas¹⁸⁴.

d) La comercialización de oxígeno medicinal

267. De acuerdo con lo señalado por las empresas investigadas, la determinación del precio en el segmento de oxígeno medicinal depende de diferentes aspectos¹⁸⁵. En primer lugar, del volumen demandado, puesto que, si el

¹⁸² Messer (ver foja 157 del expediente) y Aga (ver foja 228 del expediente) señalaron en las respuestas a los requerimientos de información que estas eran las presentaciones de sus cilindros para el abastecimiento de oxígeno gaseoso.

¹⁸³ Al respecto, Praxair señaló que un cilindro pesa alrededor de 70 kg y el oxígeno dentro del mismo pesa como máximo 7.5 kg, por lo que casi el 90% del costo de transporte representa el peso del cilindro en sí, lo cual incrementa los costos de transporte de oxígeno gaseoso. (Ver foja 1679 del expediente).

¹⁸⁴ Ver foja 1679 del expediente.

¹⁸⁵ Ver fojas 161, 162, y 1805-1807 del expediente.

volumen lo amerita es posible el abastecimiento de oxígeno líquido, el cual por lo general se ofrece a menores precios que el gaseoso.

268. En segundo lugar, se considera el sistema de distribución de la empresa. En este aspecto se debe tener en cuenta la cercanía del punto de entrega a las plantas de producción o llenado de la empresa, así como la frecuencia de las entregas. Mientras más cercano esté el punto de entrega a la planta de la empresa y se solicite el abastecimiento con una frecuencia baja¹⁸⁶, los precios pueden ser menores.
269. En tercer lugar, existen inversiones específicas que deben realizarse en función a las particularidades de cada cliente. Por ejemplo, en algunos casos se otorga un tanque criogénico o termo¹⁸⁷ en calidad de préstamo¹⁸⁸ y se deben realizar obras para la instalación del tanque, de válvulas, regulador de presión y otros accesorios que garanticen la correcta provisión del oxígeno. Así, se debe garantizar dentro del margen generado la retribución por la inversión en este tipo de activos.
270. Finalmente, ciertos clientes solicitan servicios adicionales para garantizar la continuidad del abastecimiento, tales como, asistencia técnica, mantenimiento de redes, atención de emergencias, entre otros factores que también deben ser incluidos en los precios¹⁸⁹.
271. Por consiguiente, los precios se determinan en función de diferentes factores, atendiendo a todas las necesidades de los clientes. Mientras que en el caso de los privados los precios se determinan a través de una negociación, en el caso de los clientes públicos las condiciones están dadas por la entidad convocante.
272. Por tanto, de lo evaluado a lo largo de este apartado puede concluirse que el mercado de oxígeno se divide en industrial y medicinal en función a los tipos de clientes que requieren el abastecimiento de este producto. Asimismo, este

¹⁸⁶ Tal como será evaluado en los apartados posteriores, la frecuencia de entrega de oxígeno puede tener dos efectos contrapuestos en el caso de abastecimiento de oxígeno gaseoso. Por un lado, una mayor frecuencia de entrega incrementa los costos de transporte, al aumentar el número de veces que se destinará un vehículo hasta el punto de entrega. No obstante, se reduce la cantidad de cilindros que deben ser asignados a un cliente en particular, lo cual reduce la inversión en estos activos fijos, redundando en un decrecimiento de los costos.

¹⁸⁷ Los termos son dispositivos de almacenamiento portátil de oxígeno líquido, con menor capacidad que los tanques criogénicos. Al respecto, ver: http://www.um.edu.ar/catedras/claroline/backends/download.php?url=L0NBUEIUUVUxPX0IWLv9GTFVJRE9TX01FR_EIDSU5BTEVTL0dBU0VTTUVESUNPU0NPUEINRS5wZGY%3D&cidReset=true&cidReq=5042 (Consultado el 3 de mayo de 2013).

¹⁸⁸ Al respecto, ver contratos adjuntados por Aga donde se señala que se ceden los equipos para el abastecimiento de oxígeno medicinal tales como los termos en calidad de comodato. (Ver por ejemplo contrato celebrado entre Aga y la Clínica El Golf que obra a fojas 2066 a 2070 del expediente).

¹⁸⁹ En particular, Aga señaló en su apelación los requerimientos adicionales demandados por EsSalud (ver foja 5099).

puede ser comercializado en estado gaseoso o líquido, en función de las distancias que tengan que recorrerse para su abastecimiento y/o el volumen demandado. En relación con los precios, estos estarán en función de diferentes factores vinculados con las características de los clientes y sus requerimientos específicos.

273. Una vez conocidas las principales características de este mercado, es necesario identificar cómo se desarrollaron los procesos de adquisición de oxígeno medicinal convocados por EsSalud durante el periodo investigado.

III.6.2.2 Procesos de selección convocados por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal.

a) Principales características de los procesos convocados por EsSalud

274. El abastecimiento de oxígeno a EsSalud se realizó a través de tres tipos de procesos de selección durante el periodo investigado: (i) licitaciones públicas, (ii) adjudicaciones directas públicas o selectivas; y, (iii) adjudicaciones de menor cuantía.
275. La principal diferencia entre estos procesos son los montos a ser adjudicados. Las licitaciones implican montos superiores a las adjudicaciones directas y de menor cuantía¹⁹⁰.
276. En relación con las licitaciones públicas convocadas por EsSalud durante el periodo investigado, estas se realizaron a nivel nacional y por periodos de entre 6 meses¹⁹¹ y un año¹⁹².
277. Asimismo, incluían una serie de requisitos que las empresas debían cumplir para obtener suficiente puntaje técnico y poder participar en la siguiente etapa que sería la oferta económica propiamente dicha. La oferta debía encontrarse dentro de ciertos rangos en relación a un valor referencial establecido por EsSalud. Durante el periodo investigado el valor mínimo osciló entre el 50 y el 70% del valor referencial. En relación con los valores

¹⁹⁰ La Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, vigente durante la primera parte del periodo investigado, señalaba que siempre que un concurso público supere un valor referencial establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público vigente, se debe convocar a LP. Por ejemplo, de acuerdo con la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2001 (Decreto Legislativo N° 909), año en que se realizaron las primeras adjudicaciones, todo proceso de adquisición de bienes y servicios con un monto total superior a los S/. 350,000 debía realizarse a través de una LP. Los procesos convocados por debajo de este monto se llevaban a cabo a través de adjudicaciones directas que podían ser públicas o selectivas, mientras que las adjudicaciones de menor cuantía se llevaban a cabo si el valor de referencia no superaba el 10% del tope establecido para adjudicaciones directas cuyo valor representó S/. 35,000 en el año 2001.

¹⁹¹ La LP 0199L00051 de 2001 indicaba entre sus bases que la duración del abastecimiento sería de seis meses.

¹⁹² Ello es indicado en las bases de las licitaciones públicas durante el periodo investigado a excepción de la LP 0199L00051 de 2001. (Ver por ejemplo fojas 559 y 647 del expediente).

máximos permitidos, estos podían ser de hasta 110% del valor de referencia¹⁹³.

278. Las adjudicaciones¹⁹⁴, por su parte, tenían un proceso más sencillo que el de las licitaciones públicas. En primer lugar, eran convocadas directamente por los establecimientos de salud y gerencias departamentales de manera local. Así, no existían valores de referencia, sino que la autoridad detallaba sus requerimientos (ya sea para hospitales y gerencias departamentales) y los participantes realizaban ofertas, las cuales eran evaluadas para otorgar la adjudicación. Adicionalmente tenían una duración variable que fluctuaba entre 5 días, hasta 6 meses.
279. Finalmente, en relación con los postores, tanto en las licitaciones como en las adjudicaciones directas, se realizaba una convocatoria pública. No obstante, en las adjudicaciones selectivas y de menor cuantía, bastaba con extender la invitación a cierto número de postores.
280. A continuación, se evaluarán los resultados obtenidos en cada uno de los procesos convocados por EsSalud durante el periodo investigado.

b) Resultados de los procesos

281. Durante el periodo investigado se convocaron cuatro¹⁹⁵ licitaciones públicas y dos procesos de adjudicaciones¹⁹⁶, tal como se detalla en el Cuadro N°1.

¹⁹³

LA LEY 26850. LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO (Vigente durante el periodo investigado)

Artículo 33.- Las propuestas que excedan en más de diez por ciento el valor referencial, serán devueltas por el Comité, teniéndolas por no presentadas. Para otorgar la buena pro deberá contar con asignación suficiente de recursos.

Si la propuesta ganadora fuese inferior al valor referencial en más del diez por ciento, el Comité condicionará la adjudicación de la buena pro a la presentación de una Garantía de Seriedad de Cumplimiento por la diferencia respecto de dicho valor, conforme a la escala que señale el Reglamento. Dicha garantía es distinta y adicional a la Garantía de Fiel Cumplimiento prevista en el inciso a) del Artículo 41 de la presente Ley.

Las propuestas que fueren inferiores al cincuenta por ciento del valor referencial serán devueltas por el Comité teniéndolas por no presentadas.

(*) Dicho artículo fue sustituido por el Artículo 1 de la Ley N° 27330, publicada el 26 de julio de 2000, modificación que entraría en vigencia a los 30 días calendario de la publicación del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, así como de su nuevo reglamento, de conformidad con el Artículo 4 de la citada ley, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 33.- Requisitos de las propuestas

Las propuestas que excedan en más de diez por ciento el valor referencial en todos los casos serán devueltas por el Comité Especial, teniéndolas por no presentadas.

Las propuestas inferiores al cincuenta por ciento del valor referencial en los casos de bienes y servicios, y al setenta por ciento en los casos de ejecución y consultoría de obras serán devueltas por el Comité, teniéndolas por no presentadas.

Para otorgar la buena pro a propuestas que superen el valor referencial, hasta el límite antes establecido, se deberá contar con asignación suficiente de recursos y la aprobación del Titular del Pliego.

(Norma actualmente derogada)

¹⁹⁴

Tanto adjudicaciones directas públicas o selectivas como las de menor cuantía.

¹⁹⁵

Se incluye la LP 0199L00051 de 2001 que fue declarada desierta.

Cuadro N°1
Detalle de procesos de convocatoria de EsSalud durante periodo
investigado¹⁹⁷

Etapas	Orden	Proceso	Convocatoria	Periodo de Suministro	Otorgamiento de la Buena Pro	Volumen Demandado (m ³)	Valor Referencial (S/.)
Primera etapa	(i)	LP 018-IPSS-98	Nov-98	Enero 1999 a Diciembre 1999	Enero 1999	Gaseoso: 756,867.00 Líquido: 1,619,425.56	10,442,619.42
	(ii)	LP 053-EsSalud-99*	May-00	Junio 2000 a Junio 2001	Junio 2000	Gaseoso: 1,048,785.43 Líquido: 1,749,072.96	15,787,211.22
	(iii)	LP 0199L00051	Jul-01	Desierto	Setiembre 2001	Gaseoso: 384,148.00 Líquido: 406,920.00	5,634,845.81
	(iv)	Adjudicaciones	Set-01	Octubre 2001 a Noviembre 2002	**	Gaseoso: 1,322,252.00 Líquido: 1,479,955.16	22,133,773.80
Segunda etapa	(v)	LP 0199L00052	Set-02	Noviembre 2002 a Noviembre 2003	Noviembre 2002	Gaseoso: 1,099,711.00 Líquido: 2,029,220.00	17,654,195.95
	(vi)	Adjudicaciones	Oct-03	Noviembre 2003 a Junio 2004	**	Gaseoso: 307,224.75 Líquido: 1,190,492.37	10,702,496.12

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-SDC¹⁹⁸

*Esta LP tuvo hasta tres convocatorias.

** Dado que fueron diversos procesos de selección, no existe una única fecha de adjudicación.

282. Estos procesos fueron clasificados en dos etapas por la Comisión. La primera etapa incluyó los siguientes procesos: (i) LP N° 018-IPSS-98 de 1999¹⁹⁹, (ii) LP N° 053-ESSALUD-99 de 2000-2001, (iii) LP N° 0199L00051 de 2001; y (iv) Adjudicaciones de 2001-2002. La segunda etapa, por su parte, incluyó los siguientes procesos: (i) LP N° 0199L00052 de 2002-2003 y (ii) Adjudicaciones de 2003-2004.

¹⁹⁶ Estos procesos de adjudicación eran llevados a cabo por las Gerencias Departamentales, por lo que cada una, en función a sus necesidades decidía si se realizaba una adjudicación pública, selectiva o de menor cuantía.

¹⁹⁷ De la revisión de la información de las bases y sus resultados, los cuales obran en el expediente, se ha identificado ciertas diferencias respecto del Cuadro N°2 presentado en la Resolución de Primera Instancia. En particular, se encontraron diferencias en los valores consignados en la LP 018-IPSS-98 de 1999 (la Comisión consideró un valor referencial de S/. 11,352,999.3 y un volumen requerido de oxígeno líquido de 1,609,426.00 m³), LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001 (la Comisión consideró un valor de referencia de S/. 14,074,870.65, un volumen requerido de oxígeno gaseoso de 1,704,187.96 m³, y un volumen de oxígeno líquido de 971,937.07 m³), y Adjudicaciones de 2001-2002 (la Comisión consideró un valor de referencia de S/. 29,250,185.13, un volumen requerido de oxígeno gaseoso de 502,565 m³ y de 721,305 m³ de oxígeno líquido). Estas diferencias explicarían también la diferencia en los detalles de cada proceso que se presentarán en los cuadros a continuación.

¹⁹⁸ En adelante, se utilizará este término para hacer referencia a la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia en la presentación de cuadros y gráficos.

¹⁹⁹ Cabe resaltar que el año al que harán referencia los procesos convocados por EsSalud corresponden a los años de suministro de oxígeno bajo cada proceso.

283. Dicha clasificación obedeció a que a partir de la LP N° 0199L00052 de 2002-2003, EsSalud incluyó un menor número de entidades prestadoras de servicios de salud dentro de cada ítem, reduciendo con ello los volúmenes demandados por ítem²⁰⁰. Asimismo, separó en ítems distintos sus requerimientos de oxígeno líquido y gaseoso. Debido al cambio en estas condiciones, se mantendrá la división entre las dos etapas definidas por la primera instancia.
284. De manera adicional a las dos etapas en las que se ha dividido el periodo de investigación determinado por la Comisión, se describirán los procesos posteriores comprendidos entre los años 2004 y 2007, con el objetivo de identificar el comportamiento de las apelantes luego del periodo investigado.
285. A continuación, se describirán las principales características de cada uno de estos procesos y los resultados observados.

- Primera etapa de convocatorias de IPSS/EsSalud

(i) LP N° 018-IPSS-98

286. Durante la primera LP convocada por el entonces Instituto Peruano de Seguridad Social (en adelante, IPSS), se incluyeron cuatro ítems en función a las zonas a abastecer: norte, sur, centro y Lima, dentro de los cuales se incluyeron requerimientos tanto de oxígeno medicinal gaseoso como líquido. Dentro de cada ítem se agruparon entidades prestadoras de servicios de salud pertenecientes a cada zona.
287. En el Cuadro N°2 se presenta el detalle del volumen demandado, los precios de referencia y los resultados finales de dicha convocatoria:

(VER CUADRO N°2 EN LA PÁGINA SIGUIENTE)

²⁰⁰

En sus procesos de selección, EsSalud agrupaba sus requerimientos de oxígeno medicinal en ítems. Inicialmente los procesos de EsSalud estaban compuestos por cuatro ítems (norte, centro, sur y Lima). Posteriormente, EsSalud hizo coincidir la demanda de cada ítem con la demanda de un menor número de entidades prestadoras de servicios de salud (G.D., hospital nacional, instituto especializado, etc.).

**Cuadro N°2
Requerimientos de la LP N° 018-IPSS-98**

Ítem	Zona	Entidad	Volumen		Valor Total de Referencia	Empresa Ganadora	% del Prec. De Ref. del Postor Ganador
			Gaseoso	Líquido			
1	Norte	H.N. Almanzor Aguinaga	37,964.00	39,018.00	1,327,414.68	Aga	108%
		G.D. Piura	55,460.00				
		I.P. de Oftalmología	1,992.00				
		G.D. Tumbes	1,800.00				
		G.D. Lambayeque	4,392.00				
		G.D. Amazonas	2,380.00				
		G.D. Cajamarca	4,320.00				
		G.D. Ancash	30,779.00				
		G.D. San Martín	4,200.00				
		G.D. La Libertad	27,480.00	36,180.00			
2	Sur	H..N. del Sur	96,000.00		1,512,239.02	Praxair	109%
		G.D. Ayacucho	3,240.00				
		G.D. Tacna	12,816.00				
		G.D. Cusco	18,000.00	24,000.00			
		G.D. Apurímac	1,920.00				
		G.D. Madre de Dios	540.00				
		G.D. Puno	12,817.00				
		G.D. Arequipa	16,968.00				
		G.D. Moquegua	1,296.00				
3	Centro	G.D. Huánuco	8,736.00		798,419.52	Messer	105%
		G.D. Huancavelica	2,016.00				
		G.D. Ucayali	2,940.00				
		G.D. Junín	31,200.00	49,800.00			
		G.D. Pasco	5,055.00				
4	Lima-Oriente	Centro de Hemodiálisis	2,400.00		6,804,546.20	Praxair	109%
		G.D. Loreto	18,000.00				
		G.D. Ica	21,930.00				
		G.D. Lima	189,826.00				
		H.N. E. Rebagliati M.	120,000.00	888,000.00			
		H.N. G. Almenara I.	20,400.00	582,427.56			

H.N: Hospital Nacional; G.D: Gerencia Departamental; I.P: Instituto Peruano

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-SDC

288. Tal como se observa en el Cuadro N°2, cada ítem incluía el abastecimiento a diferentes entidades prestadoras de servicios de salud incluyendo a las Gerencias Departamentales. En relación con los resultados, se verificó que el postor ganador en el norte fue Aga, en el sur y Lima fue Praxair, mientras que en el centro fue Messer.

289. Como se puede apreciar en el Cuadro N°3, las empresas ganadoras obtuvieron la Buena Pro con valores entre el 105% y el 109%, cifras muy cercanas al 110% del valor de referencia, monto máximo permitido en las bases. Asimismo, si bien Praxair y Aga participaron en zonas donde no obtuvieron la Buena Pro, sus ofertas fueron superiores al máximo legal permitido²⁰¹. De hecho, ambas empresas realizaron ofertas por un valor del 115% del valor referencial²⁰², quedando estas desestimadas por superar el precio máximo permitido, conforme se detalla a continuación:

Cuadro N°3
Resultados de la LP N° 018-IPSS-98

Zona	Participantes	Ptj. Técnico	Puntaje Económico	Valor Referencial	Valor ofertado (Soles)	% del Precio de Referencia	Resultado de la Buena Pro
Norte	Aga	42	50	1,327,414.68	1,433,390.52	108%	Adjudicado
	Praxair	50	-		1,539,075.24	116%	Desestimado por Precio
Centro	Aga	42	-	798,419.52	917,533.68	115%	Desestimado por Precio
	Messer	50	50		838,128.12	105%	Adjudicado
	Praxair	50	-		917,724.00	115%	Desestimado por Precio
Sur	Aga	50	50	1,512,239.02	1,741,258.32	115%	Desestimado por Precio
	Praxair	42	-		1,647,774.96	109%	Adjudicado
Lima-Oriente	Aga	50	50	6,804,546.20	7,831,516.32	115%	Desestimado por Precio
	Praxair	42	-		7,409,579.28	109%	Adjudicado

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-CLC en Resolución de Primera Instancia²⁰³

(ii) LP 053-ESSALUD-99

290. Durante esta licitación se mantuvo la agrupación en cuatro ítems, incluyendo en cada uno el abastecimiento tanto de oxígeno gaseoso como líquido. Los detalles respecto de los requerimientos, valores de referencia y resultados de dicha licitación se presentan a continuación.

(VER CUADRO N°4 EN LA PÁGINA SIGUIENTE)

²⁰¹ Debe resaltarse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones, vigente durante la primera parte del periodo investigado, las propuestas que excedieron más del 110% del valor referencial se consideraron como no presentadas.

²⁰² A excepción de la oferta de Praxair en la zona norte, donde el valor ofertado ascendió a 116%.

²⁰³ Ver Cuadro N°4 de la referida resolución, que obra a fojas 4822 del expediente.

Cuadro N°4 Requerimientos de la LP N° 053-ESSALUD-99

Ítem	Zona	Entidad	Volumen		Valor Total de Referencia	Empresa Ganadora	% del Precio de Ref. del Postor Ganador
			Gaseoso	Líquido			
1	Norte	H.N. Almanzor Aguinaga	74,000.00		1,891,973.65	Aga	109%
		G.D. Piura	58,824.00				
		Inst. Per. de Oftalmología	1,200.00				
		G.D. Tumbes	1,800.00				
		G.D. Lambayeque	13,771.16				
		G.D. Amazonas	3,024.00				
		G.D. Cajamarca	3,600.00				
		G.D. Ancash	10,415.00	36,200.00			
		G.D. La Libertad	36,720.92	49,872.96			
2	Sur	G.D. Ayacucho	4,240.00		2,331,589.02	Praxair	110%
		H.N. del Sur	115,620.00				
		G.D. Cusco	54,000.00				
		G.D. Apurímac	1,752.00				
		G.D. Madre de Dios	840.00				
		G.D. Puno	18,796.35				
		G.D. Arequipa	15,744.00				
		G.D. Moquegua	2,754.00				
3	Centro	G.D. Huánuco	9,792.00		862,156.56	Messer	110%
		G.D. Huanavelica	1,020.00				
		G.D. Junín	13,200.00	55,000.00			
		G.D. Pasco	5,872.00				
4	Lima	Centro de Hemodiálisis	5,040.00		10,701,492.00	Praxair	110%
		G. C. Programas	41,328.00				
		G.D. Ica	30,960.00				
		G.D. Lima	385,272.00				
		H.N. E. Rebagliati M.	120,000.00	888,000.00			
		H.N. G. Almenara I.	19,200.00	720,000.00			

H.N: Hospital Nacional; G.D: Gerencia Departamental

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-SDC

291. Cabe resaltar que la primera convocatoria de esta licitación se declaró desierta, en tanto las empresas señalaron que requerían un incremento del valor referencial²⁰⁴. En tal sentido, se realizó una segunda convocatoria²⁰⁵ con

²⁰⁴

De acuerdo con lo señalado por Praxair, la LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001 fue convocada hasta en tres oportunidades debido a que no se presentaron propuestas o no se presentaron propuestas válidas. (Ver foja 1752 del expediente). Durante la primera convocatoria, Praxair señaló en sus comentarios a los valores de referencia que sus costos asociados a energía eléctrica, petróleo, tipo de cambio y mano de obra habían experimentado un incremento, por lo que solicitaban que dichos incrementos sean trasladados a los valores referenciales. Si bien los valores de referencia se incrementaron durante esta primera convocatoria, no se presentaron propuestas, por lo que se realizó una segunda convocatoria.

un incremento de alrededor del 14% de los valores referenciales, con la posibilidad de incrementar los valores al sexto mes según el índice de precios al por mayor correspondiente establecido por el Instituto Nacional de Estadística e Informática²⁰⁶ (en adelante, INEI). En esta nueva convocatoria se obtuvieron los siguientes resultados:

**Cuadro N°5
Resultados de la LP N° 053-ESSALUD-99 – Segunda convocatoria²⁰⁷**

Zona	Participantes	Ptj. Técnico	Ptj. Económico	Valor Referencial	Valor ofertado (Soles)	% de Referencia	Resultado de la Buena Pro
Norte	Aga	5	-	1,891,973.65	2,068,828.26	109%	Desestimado Técnicamente
	Praxair	50	-		2,195,342.77	116%	Desestimado por Precio
	Messer	50	-		2,181,435.87	115%	Desestimado por Precio
Centro	Aga	5	-	862,156.56	995,662.48	115%	Desestimado Técnicamente
	Praxair	50	-		991,781.04	115%	Desestimado por Precio
	Messer	50	50		948,331.32	110%	Adjudicado
Sur	Aga	5	-	2,331,569.02	2,680,666.67	115%	Desestimado Técnicamente
	Praxair	50	50		2,557,862.59	110%	Adjudicado
	Messer	50	-		2,680,933.07	115%	Desestimado por Precio
Lima	Aga	5	-	10,701,492.00	12,297,118.80	115%	Desestimado Técnicamente
	Praxair	50	50		11,741,917.20	110%	Adjudicado
	Messer	5	-		12,307,312.80	115%	Desestimado Técnicamente

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-SDC

292. Conforme se aprecia, durante la segunda convocatoria no se adjudicó el ítem correspondiente a la zona norte, debido a que las propuestas de las tres empresas fueron desestimadas. En el caso de Aga, por razones técnicas y en los casos de Messer y Praxair, debido a que sus propuestas económicas excedían el máximo permitido.
293. Es así que se realizó una tercera convocatoria únicamente para la zona norte, en la cual Aga obtuvo la Buena Pro, tal como se detalla a continuación.

²⁰⁵ En esta segunda convocatoria, Praxair volvió a señalar que los precios de sus principales insumos (Diésel 2 y energía eléctrica) se habían incrementado en 79% y 40%, respectivamente, por lo que solicitaban un incremento en los valores de referencia. (Ver fojas 1753-1754 del expediente).

²⁰⁶ Praxair señaló que luego de realizar comentarios sobre los valores referenciales, EsSalud se vio obligada a realizar un incremento del orden del 14%. (Ver foja 1754 del expediente).

²⁰⁷ Cabe resaltar que la ST-CLC identificó que la oferta realizada por Aga en el sur ascendía al 188% del valor referencial. No obstante, de la revisión de los resultados de dicha licitación (ver foja 419 del expediente) se observa que si bien se consignaba un valor de 188%, al evaluar el detalle de las ofertas realizadas por dicha empresa en cada hospital o gerencia departamental dentro del ítem, se identificó que la oferta de Aga ascendía al 115% del valor referencial y no al 188% consignado en los resultados.

Cuadro N°6
Resultados de la LP N° 053-ESSALUD-99 – Tercera convocatoria

Zona	Participantes	Ptj. Técnico	Ptj. Económico	Valor Referencial	Valor ofertado (Soles)	% de Referencia	Resultado de la Buena Pro
Norte	Aga	50	50	1,891,973.65	2,068,828.26	109%	Adjudicado
	Praxair	50	-		2,195,342.77	116%	Desestimado por Precio

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-CLC de Resolución de Primera Instancia²⁰⁸

294. Como se puede observar en el Cuadro N° 5 y el Cuadro N°6, las denunciadas obtuvieron la Buena Pro con valores entre el 109% y el 110%, es decir, ganaron las licitaciones consiguiendo casi el íntegro del monto máximo permitido en las bases (110%).
295. Asimismo, tal como en el caso de la licitación previa, en la LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001²⁰⁹, se mantuvo el patrón geográfico, puesto que Aga obtuvo la Buena Pro en la zona norte, Messer en la zona centro, y Praxair en las zonas sur y Lima. Adicionalmente, las empresas ofrecieron un valor igual al 115% del valor de referencia en aquellas zonas donde no obtuvieron la Buena Pro, a excepción de Praxair en el norte, oportunidad en la que ofreció el 116% del valor referencial, quedando sus ofertas desestimadas por ser superiores al valor máximo permitido.

(iii) LP N° 0199L00051

296. Esta licitación fue atípica en comparación con los dos procesos previos debido a que luego de un requerimiento de cotizaciones, las imputadas incrementaron significativamente tales cotizaciones respecto de los valores adjudicados en el periodo anterior, solicitando en promedio un incremento del 40% del valor referencial.
297. Ante tal resultado, EsSalud requirió a las empresas información respecto de las razones a las que obedecía dicho incremento²¹⁰. Principalmente, estas señalaron que las alzas se debían al aumento de precios de los combustibles y de la energía eléctrica.

²⁰⁸ Ver Cuadro N°5-B de la referida resolución, que obra a fojas 4823 del expediente.

²⁰⁹ Para mayor detalle acerca de dicha licitación, ver el Cuadro N° 5 y el Cuadro N°6.

²¹⁰ Ver foja 1070 del expediente.

298. Luego de revisar los incrementos de estos dos conceptos en el último año, EsSalud concluyó, sobre la base de información del INEI²¹¹, que tales incrementos ascendieron en total a 12.9%, por lo cual decidió incrementar el valor referencial en dicha magnitud y no al 40%, como solicitaban las empresas²¹².

299. El proceso fue convocado con los siguientes requerimientos de volúmenes y valor referencial:

**Cuadro N°7
Requerimientos de la LP 0199L00051**

Tipo	Ítems/zona	Gerencia Departamental	E. Ganadora	Volumen	Precio de Referencia (S/. x M3)
Gaseoso	Zona Norte	G.D. Lambayeque	Desierto	17,274.00	7.87
		G.D. Piura		1,580.00	9.46
		G.D. Tumbes		863.00	9.47
		G.D. Amazonas		1,900.00	19.02
		G.D. Cajamarca		1,500.00	7.90
		G.D. San Martín		-	-
		G.D. Ancash		4,840.00	6.60
		G.D. La Libertad		16,632.00	7.78
	Zona Centro	G.D. Huánuco	Desierto	10,120.00	13.18
		G.D. Junín		7,128.00	12.46
		G.D. Huancavelica		1,000.00	15.48
		G.D. Pasco		3,510.00	14.50
	Zona Sur	G.D. Apurímac	Desierto	1,093.00	16.37
		G.D. Ayacucho		2,400.00	13.71
		G.D. Ica		-	-
		G.D. Cusco		35,100.00	13.89
		G.D. Madre de Dios		575.00	22.69
		G.D. Puno		12,268.00	15.98
		G.R.A. Arequipa		-	-
		G.D. Moquegua		1,707.00	13.30
		G.D. Tacna		-	-
	Lima	G.D. Lima	Desierto	208,873.00	6.56
		H.N. Sabogal		-	-
		H.N. E. Rebagliati M.		-	-
		H.N. G. Almenara I.		7,665.00	6.56
		Centro de Hemodiálisis		3,000.00	6.56
		G.C. Programas		9,120.00	6.56

²¹¹ En particular, EsSalud consideró los boletines mensuales del INEI durante el periodo de abril de 2000 y marzo de 2001 para evaluar la evolución del precio tanto del Diésel como de la energía eléctrica.

²¹² Cabe resaltar que las explicaciones otorgadas por las empresas para los resultados observados en esta licitación se evaluarán en apartados posteriores.

Líquido	Norte	G.R.A. Lambayeque	Desierto	30,948.00	7.79
		G.D. Piura		10,800.00	9.42
		G.R.A. Ancash		18,825.00	6.53
		G.D. La Libertad		26,706.00	7.69
	Centro	G.D. Huánuco	Desierto	-	-
		G.D. Junín		32,141.00	12.29
	Sur	G.D. Arequipa	Desierto	-	-
		G.D. Cusco		-	-
	Lima	H.N. E. Rebagliati M.	Desierto	-	-
		H.N. Alberto Sabogal S.		-	-
		H.N. G. Almenara I.		287,500.00	5.71
		G.D. Lima		-	-

H.N: Hospital Nacional; G.D: Gerencia Departamental; G.R.A: Red Asistencial
Fuente: EsSalud
Elaboración: ST-SDC

300. Bajo estas condiciones, ninguna de las empresas que había adquirido las bases o enviado cotizaciones a EsSalud participó en este proceso²¹³, por lo que este se declaró desierto y se decidió realizar adjudicaciones para cubrir las necesidades de abastecimiento de oxígeno medicinal.

(iv) Adjudicaciones de 2001-2002²¹⁴

301. Ante la imposibilidad de convocar una nueva licitación en tan corto plazo, EsSalud autorizó a sus gerencias departamentales y otras entidades prestadoras de salud a convocar procesos de adjudicación durante el periodo que tomaría convocar una nueva licitación, en tanto la LP 0199L00051 de 2001 fue declarada desierta. El abastecimiento de oxígeno mediante esta modalidad tuvo lugar en los meses de octubre de 2001 a noviembre de 2002.
302. Los resultados fueron similares a los de los procesos anteriores, en tanto Aga continuó ganando en la zona norte, Messer en el centro y Praxair en Lima y en el sur, tal como se detalla en el Cuadro N°8²¹⁵.

²¹³ Así, por ejemplo, de acuerdo con Praxair, en esta licitación ya se venían acumulando los incrementos de costos que solo habían sido reconocidos parcialmente por EsSalud en un incremento del valor de referencia. Por ello, esta empresa optó por no participar del proceso de selección. (Ver foja 1755 del expediente).

²¹⁴ Conviene precisar que EsSalud fue abastecida hasta junio de 2001 con el volumen requerido en la LP 053-ESSALUD-99, que señalaba que se podía abastecer un volumen hasta 30% superior al demandado.

²¹⁵ Como se observa en el Cuadro N°8, de manera marginal, participaron otras empresas tales como Caxamarca Gas en Cajamarca, Oxiscus en Apurímac y Oxígeno's EIRL en Ayacucho. No obstante, a pesar de ello el patrón observado hasta ese momento entre las empresas imputadas se mantuvo.

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN 1167-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 002-2008/CLC

Cuadro N°8
Resultados de las adjudicaciones 2001-2002²¹⁶

Tipo	Ítems/zona	Gerencia Departamental	Volumen	Empresa Ganadora	Precio adjudicado ganador (S/. x M ³)
Gaseoso	Zona Norte	G.D. Lambayeque	54,155.00	Aga	9.26
		G.D. Piura	32,574.00	Aga	11.67
		G.D. Tumbes	2,000.00	Aga	11.72
		G.D. Amazonas	4,560.00	Aga	15.87
		G.D. Cajamarca	4,200.00	Aga y Caxamarca Gas	8.31/ 5.78
		G.D. San Martín	12,125.00	Aga	10.63
		G.D. Ancash	13,000.00	Aga	7.27
		G.D. La Libertad	17,646.00	Aga	8.31
	Zona Centro	G.D. Huánuco	27,710.00	Messer	14.25
		G.D. Junín	21,050.00	Messer	13.66
		G.D. Huancavelica	1,876.00	Messer	14.92
		G.D. Pasco	10,325.00	Messer	15.60
	Zona Sur	G.D. Apurímac	3,551.00	Praxair y Oxicusco	11.76 / 11.99
		G.D. Ayacucho	5,433.00	Praxair y Oxígeno's EIRL	10.42 / 10.5
		G.D. Ica	60,901.00	Praxair	9.48
		G.D. Cusco	125,029.00	Praxair	10.37
		G.D. Madre de Dios	2,408.00	Praxair	20.43
		G.D. Puno	26,473.00	Praxair	11.86
		G.R.A. Arequipa	182,654.00	Praxair	10.41
		G.D. Moquegua	2,338.00	Praxair	11.97
		G.D. Tacna	22,245.00	Praxair	11.72
	Lima	G.D. Lima	538,137.00	Praxair	7.06
		H.N. Sabogal	-	-	-
		H.N. E. Rebagliati M.	130,750.00	Praxair	6.88
		H.N. G. Almenara I.	15,715.00	Praxair	6.95
		Centro de Hemodiálisis	5,397.00	Praxair	7.06
		G.C. Programas	-	-	-

²¹⁶

Debe indicarse que estos cálculos se basan en la información remitida por EsSalud. (Ver fojas 706 a 756 del expediente). Asimismo, se ha identificado ciertas diferencias entre la información presentada por la primera instancia y la que obra en el expediente en las fojas detalladas previamente. En primer lugar, se ha considerado la totalidad de la duración de las Adjudicaciones de 2001-2002 en lugar de los seis meses considerados por la Comisión, motivo por el cual las cantidades difieren de las presentadas por la primera instancia. De manera adicional, se han encontrado ciertas diferencias asociadas a los precios. En particular, en el abastecimiento de oxígeno gaseoso a la G.D. Cajamarca, se encontró que los precios ascendían a 5.78 en lugar de 5.80. De otro lado, en el abastecimiento de oxígeno gaseoso a la G.D. Ayacucho los precios ascendían a 11.66 en lugar de 11.70.

Líquido	Norte	G.R.A. Lambayeque	93,284.00	Aga	9.16
		G.D. Piura	59,292.00	Aga	11.67
		G.R.A. Ancash	54,134.00	Aga	7.11
		G.D. La Libertad	56,671.00	Aga	8.33
	Centro	G.D. Huánuco	-	-	-
		G.D. Junín	89,814.00	Messer	13.47
	Sur	G.D. Arequipa	17,494.16	Praxair	11.62
		G.D. Cusco	-	-	-
	Lima	H.N. E. Rebagliati M.	379,700.00	Praxair	5.89
		H.N. Alberto Sabogal S.	-	-	-
		H.N. G. Almenara I.	642,907.00	Praxair	6.10
		G.D. Lima	86,659.00	-	6.15

H.N: Hospital Nacional; G.D: Gerencia Departamental; I.P: Instituto Peruano;

G.R.A: Red Asistencial

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-SDC

- Segunda etapa de convocatorias de EsSalud

(i) LP N° 0199L00052

303. Este proceso se llevó a cabo en el periodo comprendido entre noviembre de 2002 y noviembre de 2003 y marcó cambios relevantes en el esquema de licitaciones que, hasta ese momento, convocaba EsSalud. Como se mencionó previamente, mientras que en anteriores licitaciones existían únicamente cuatro ítems correspondientes a las zonas norte, sur, centro y Lima, a partir de este proceso el número de ítems licitados se incrementó²¹⁷ – en este caso a 24–, realizando la separación por Gerencias Departamentales de EsSalud y algunos hospitales con un nivel de demanda suficiente para que representaran un ítem en sí mismo, además de separar los procesos asociados con oxígeno líquido y gaseoso.
304. Asimismo, se relativizó la experiencia solicitada a los postores. En particular, se pasó de requerir un nivel de ventas específico a requerir uno expresado como porcentaje del valor del ítem en el que se participaba. Así por ejemplo, a partir de la LP 0199L00052 de 2002-2003, se otorgaba el puntaje máximo si la empresa acreditaba que había realizado ventas en los últimos dos años por montos superiores al 40% del valor de referencia del ítem por el que participaba, a diferencia de las licitaciones previas tal como la LP 018-IPSS-98 de 1999, la cual otorgaba un puntaje máximo si es que la empresa acreditaba ventas superiores a los S/. 500,000.

²¹⁷

EsSalud aumentó el número de ítems de cuatro a veinticuatro para este proceso de selección y, consecuentemente, redujo la cantidad demandada en cada uno de ellos, lo que habría generado que otras empresas (como, por ejemplo, Oxiscusco y Oxyman) comiencen a participar en las licitaciones públicas de EsSalud.

305. Dados estos cambios en las bases (requerimientos de oxígeno líquido y gaseoso separados, menor volumen demandado por ítem y requerimiento de experiencia relativa al ítem), existieron otras empresas que participaron realizando ofertas válidas en estos procesos²¹⁸. Los resultados obtenidos en dicha licitación fueron los siguientes:

**Cuadro N°9
Resultados de la LP 0199L00052**

Tipo	Ítem	Zona	Entidad	Volumen	Empresas Participantes	Precio de Referencia (S/. x M3)	Empresa Ganadora	% del Precio de Ref. del Postor Ganador
Gaseoso	1	Norte	G.R.A. Lambayeque	36,275.00	A, OM, P	8.50	Aga	100%
	1		G.D. Piura	36,468.00	A, OM, P	8.50	Aga	100%
	1		G.D. Tumbes	3,000.00	A, OM, P	8.50	Aga	100%
	2		G.D. Amazonas	4,900.00	A, P	21.87	Aga	100%
	2		G.D. Cajamarca	3,900.00	A, P	9.09	Aga	100%
	3		G.D. Ancash	11,418.00	A, OM, P	7.52	Aga	100%
	3		G.D. La Libertad	54,624.00	A, OM, P	8.50	Aga	100%
	4	Centro	G.D. Huánuco	18,600.00	M, OM, P	10.44	Messer	100%
	4		G.D. Junín	20,352.00	M, OM, P	9.91	Messer	100%
	4		G.D. Pasco	7,657.00	M, OM, P	9.91	Messer	100%
	5	Sur	G.D. Ayacucho	3,840.00	P	9.73	Praxair	70%
	5		G.D. Huancavelica	3,000.00	P	10.62	Praxair	70%
	5		G.D. Ica	71,280.00	P	7.25	Praxair	70%
	6		G.D. Apurímac	3,600.00	OC, P	10.44	Oxiscus	90%
	7		G.D. Madre de Dios	1,800.00	OC, OM, P	18.07	Praxair	70%
	7		G.D. Puno	21,447.00	OC, OM, P	9.56	Praxair	70%
	8		G.R.A. Arequipa	92,304.00	I, OM, P	9.56	Praxair	70%
	8		G.D. Moquegua	2,880.00	I, OM, P	9.56	Praxair	70%
	9	Lima	Centro de Hemodiálisis	5,400.00	I, OM, P	5.09	Praxair	70%
	9		G. C. Programas	30,750.00	I, OM, P	5.09	Praxair	70%
	10		H.N. E. Rebagliati M.	108,000.00	I, OM, P	5.00	Praxair	70%
	11		H.N. G. Almenara I.	19,200.00	I, OM, P	5.00	Praxair	70%
	12		Clínica Angamos	54,060.00	I, OM, T, P	5.17	Praxair	70%
	13		Clínica Grau	147,600.00	I, OM, T, P	5.00	Praxair	70%
	14		H.N. A. Sabogal S.	220,500.00	I, T, P	4.94	Praxair	70%
	15		Norte Chico	24,816.00	I, P	5.01	Praxair	70%
	16		Centro	33,300.00	I, P	5.22	Praxair	70%
	17		Cono Sur	32,148.00	I, P	5.05	Praxair	70%
	18		Cono Norte	26,592.00	I, P	5.22	Praxair	70%

²¹⁸ Al respecto, ver comparativo de propuestas económicas de LP 0199L00052 de 2002-2003 (Ver fojas 414-417 del expediente).

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN 1167-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 002-2008/CLC

Líquido	19	Norte	G.R.A. Lambayeque	64,991.00	A, OM, P	6.77	Aga	100%
	19		G.D. Piura	78,000.00	A, OM, P	6.77	Aga	100%
	20		G.R.A. Ancash	39,405.00	A, OM, P	6.77	Aga	100%
	20		G.R.A. La Libertad	57,288.00	A, OM, P	6.77	Aga	100%
	21	Centro	G.D. Junín	72,000.00	OM, M, P	8.08	Oxyman	85%
	22	Sur	G.R.A. Arequipa	61,536.00	OM, P	8.31	Oxyman	71%
	23	Lima	H.N. E. Rebagliati M.	936,000.00	P	4.73	-	-
	24		H.N. G. Almenara I.	720,000.00	P	4.73	-	-

H.N: Hospital Nacional; G.D: Gerencia Departamental; G.R.A: Red Asistencial

I: Indura; OC: Oxicusco; OM: Oxyman; T: Tecnogas

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-SDC

306. Nuevamente, las empresas investigadas obtuvieron la Buena Pro en las mismas zonas que en los procesos anteriores, es decir, Aga en el norte, Messer en el centro²¹⁹ y Praxair en el sur²²⁰ y Lima²²¹. A su vez, se aprecia que Praxair, Aga y Messer no presentaron propuestas ganadoras en zonas distintas a aquellas en las que tradicionalmente obtenían la Buena Pro.

307. No obstante, en esta ocasión las adjudicaciones se realizaron a menores valores de referencia. En efecto, mientras que Praxair obtuvo la Buena Pro con ofertas equivalentes al 70% del valor de referencia, Aga y Messer lo hicieron con ofertas ascendentes al 100% del valor referencial.

(ii) Adjudicaciones de 2003-2004

308. Estas adjudicaciones fueron realizadas de manera individual por algunas Gerencias Departamentales con el objetivo de completar el abastecimiento de oxígeno medicinal. Una vez más se observa que el patrón se repite, pues Aga continuó resultando ganador en los procesos en el norte, Messer en el centro y Praxair en Lima y en el sur.

(VER CUADRO N°10 EN LA PÁGINA SIGUIENTE)

²¹⁹ A excepción de la G.D. Junín, donde Oxyman obtuvo la Buena Pro para el abastecimiento de oxígeno líquido.

²²⁰ A excepción de la G.D. Apurímac, donde Oxicusco obtuvo la Buena Pro para el abastecimiento de oxígeno gaseoso y de la G.R.A. Arequipa, donde Oxyman obtuvo la Buena Pro para el abastecimiento de oxígeno líquido.

²²¹ A excepción de los ítems correspondientes a oxígeno líquido, los cuales se declararon desiertos.

Cuadro N°10
Resultados de las Adjudicaciones 2003-2004²²²

Tipo	Zona	Entidad	Volumen (m3)	Precio de Adj. (S/. X m3)	E. Ganadora
Gaseoso	Norte	G.R.A. Lambayeque	16,022.00	8.56	Aga
		G.D. Piura	12,228.00	10.18	Aga
		G.D. Tumbes	-	-	-
		G.D. Amazonas	-	-	-
		G.D. Cajamarca	-	-	-
		G.D. San Martín	9,986.00	11.09	Aga
		G.D. Ancash	-	-	-
		G.D. La Libertad	-	-	-
	Centro	G.D. Huánuco	-	-	-
		G.D. Junín	-	-	-
		G.D. Huancavelica	-	-	-
		G.D. Pasco	766.00	11.30	Messer
	Sur	G.D. Apurímac	-	-	-
		G.D. Ayacucho	3,134.00	6.87	Praxair
		G.D. Ica	7,295.00	5.12	Praxair
		G.D. Cusco	54,245.45	7.43	Praxair
		G.D. Madre de Dios	-	-	-
		G.D. Puno	-	-	-
		G.R.A. Arequipa	94,520.00	7.10	Praxair
		G.D. Moquegua	1,088.00	9.29	Praxair
		G.D. Tacna	11,264.00	8.67	Praxair
	Lima	G.D. Lima	96,676.00	3.69	Praxair
Líquido	Norte	G.R.A. Lambayeque	55,144.00	6.83	Aga
		G.D. Piura	29,398.00	9.60	Aga
		G.D. Ancash	16,412.00	6.83	Aga
		G.D. La Libertad	-	-	-
	Centro	G.D. Huánuco	-	-	-
		G.D. Junín	2,800.00	9.99	Messer
	Sur	G.R.A. Arequipa	-	-	-
		G.D. Cuzco	50,693.00	7.34	Praxair
	Lima	H.N. E. Rebagliati M.	561,171.96	7.29	Praxair
		H.N. A. Sabogal S.	-	-	-
		H.N. G. Almenara I.	474,873.41	7.29	Praxair
		G.D. Lima	-	-	-

H.N: Hospital Nacional; G.D: Gerencia Departamental; G.R.A: Red Asistencial

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-SDC

²²²

Cabe resaltar que estos cálculos se basaron en la información remitida por EsSalud, la cual no hizo referencia a la totalidad de Gerencias Departamentales durante este periodo. (Ver fojas 706-756 y fojas 1386-1390 del expediente). Asimismo, se identificaron ciertas diferencias respecto de la información detallada por la Comisión. En primer lugar, se identificó que las cantidades requeridas de oxígeno gaseoso por la G.D. Moquegua ascendieron a 1088 m³ y no 1087.5 m³. En segundo lugar, se identificó que las cantidades requeridas de oxígeno líquido por la G.D. Cuzco ascendieron a 50,693 m³ y no a 50,691.36 m³. Finalmente, si bien dentro de la base de datos enviada por EsSalud (ver fojas 706-756 del expediente) no existió información sobre requerimientos de oxígeno líquido provenientes de la G.D. Junín, dicha entidad envió información respecto del proceso N°0427M01321.

- Cambio de patrón

309. Luego de esta segunda etapa en la que las empresas seguían ganando en las mismas áreas geográficas, se observó un cambio en el patrón identificado, en tanto aquellas comenzaron a obtener la Buena Pro en zonas donde anteriormente no realizaban ofertas.
310. Si bien los procesos posteriores se encuentran fuera del periodo investigado, se consideró pertinente evaluarlos con el objetivo de determinar si existió una variación de la conducta en relación con los procesos previos.

(i) LP N° 0399L00091

311. En esta licitación se observa que las empresas investigadas presentaron ofertas válidas en zonas diferentes a las que hasta ese momento habían abastecido, como puede observarse en el Cuadro N°11.

Cuadro N°11
Resultados de la LP 0399L00091

**(VER CUADRO COMPLETO EN LA PÁGINA
SIGUIENTE)**

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia**

RESOLUCIÓN 1167-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 002-2008/CLC

Tipo	Zona	Item	Entidad	Volumen (M3)	Participantes	Precio de Referencia (S./ x m3)	Empresa Ganadora	% del Precio de Referencia
Gaseoso	Norte	1	G.R.A. Lambayeque	60,000.00	A	5.12	Aga	70%
		1	G.D. Piura	37,116.00	A	5.12	Aga	70%
		1	G.D. Tumbes	3,000.00	A	5.12	Aga	70%
		2	G.D. Amazonas	5,130.00	A	9.68	Aga	70%
		2	G.D. Cajamarca	4,800.00	A	5.2	Aga	70%
		2	G.D. San Martín	11,520.00	A	9.68	Aga	70%
		3	G.D. Ancash	14,304.00	A, M, OM	5.44	Aga Messer	70%
		3	G.D. La Libertad	66,490.00	A, M, OM	5.12	Aga Messer	70%
	Centro	4	G.D. Huánuco	10,744.00	A, M	5.44	Aga Messer	70%
		4	G.D. Junín	16,800.00	A, M	5.44	Aga Messer	70%
		4	G.D. Pasco	8,890.00	A, M	5.44	Aga Messer	70%
	Sur	5	G.D. Ayacucho	8,400.00	P, T	8.40	Praxair	70%
		5	G.D. Huanavelica	3,000.00	P, T	9.04	Praxair	70%
		5	G.D. Ica	88,560.00	P, T	5.12	Praxair	70%
		6	G.D. Apurímac	3,600.00	OC, OM, P	9.04	Praxair	70%
		6	G.R.A. Cusco	48,312.00	OC, OM, P	5.44	Praxair	70%
		7	G.D. Madre de Dios	1,800.00	P	9.92	Praxair	70%
		7	G.D. Puno	26,400.00	P	5.44	Praxair	70%
		8	G.R.A. Arequipa	123,576.00	OM, P	4.96	Praxair	70%
		8	G.D. Moquegua	3,192.00	OM, P	5.12	Praxair	70%
		8	G.D. Tacna	19,200.00	OM, P	4.96	Praxair	70%
	Lima	9	Centro de Hemodiálisis	10,368.00	A, I, P	4.15	Indura	70%
		9	PADOMI	31,800.00	A, I, P	4.15	Indura	70%
		10	H.N. E. Rebagliati	96,000.00	A, I, P, T	4.32	Praxair	70%
		11	H.N. G. Almenara	14,400.00	A, I, P, T	4.32	Indura	70%
		12	Clínica Angamos	64,141.00	A, I, OM, P	4.14	Indura	70%
		13	H. de Emergencia Grau	144,300.00	A, P	4.12	Praxair	70%
		14	H.N. A. Sabogal S.	229,000.00	A, P, T	4.12	Praxair	70%
		15	Norte Chico	32,452.00	P	4.37	Praxair	70%
		16	Centro	50,516.00	A, I, P	4.25	Indura	70%
		17	Cono Sur	50,890.00	A, P	4.48	Aga	70%
Líquido	Norte	19	G.R.A. Lambayeque	120,000.00	A, M, OM	4.84	Aga	70%
		19	G.D. Piura	78,000.00	A, M, OM	4.84	Aga	70%
		20	G.D. Ancash	48,396.00	A	5.14	Aga	70%
		20	G.D. La Libertad	60,720.00	A	4.84	Aga	70%
	Centro	21	G.D. Junín	72,000.00	A, M	5.14	Aga	70%
		21	G.D. Huánuco	18,000.00	A, M	5.14	Aga	70%
		22	G.R.A. Cusco	66,720.00	OM, P	5.14	Praxair	70%
	Lima	23	H.N. E. Rebagliati M.	840,000.00	A, P	4.08	Aga Praxair	70%
		24	H.N. G. Almenara I.	720,000.00	A, P	4.08	Aga Praxair	70%

H.N: Hospital Nacional; G.D: Gerencia Departamental; G.R.A: Red Asistencial

I: Indura; OC: Oxiscuco; OM: Oxyman; T: Tecnogas

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-SDC

312. Tal como se puede observar, existe un cambio en el patrón de comportamiento de las empresas respecto de los procesos de adquisición previos. En particular, tanto Aga como Messer realizaron ofertas válidas y obtuvieron la Buena Pro en zonas donde nunca antes lo habían hecho durante el periodo investigado. Así, Aga obtuvo la Buena Pro en el centro para el abastecimiento de oxígeno gaseoso y en Lima en el abastecimiento de oxígeno líquido, mientras que Messer obtuvo la Buena Pro en el ítem 3 correspondiente a la zona norte a prorrata con Aga. Praxair, por su parte, continuó obteniendo la Buena Pro en Lima y el sur.

(ii) Adjudicaciones de 2005-2006

313. En junio de 2005 se convocaron nuevos procesos de adquisición, cuyos resultados se detallan a continuación.

**(VER CUADRO COMPLETO EN LA PÁGINA
SIGUIENTE)**

Cuadro N°12
Resultados de las Adjudicaciones 2005-2006

Tipo	Zona	Entidad	Volumen (M3)	Precio de Adj. (S/. x M3)	E. Ganadora
Gaseoso	Norte	G.R.A. Lambayeque	-	-	-
		G.D. Piura	-	-	-
		G.D. Tumbes	-	-	-
		G.D. Amazonas	-	-	-
		G.D. Cajamarca	-	-	-
		G.D. San Martín	-	-	-
		G.D. Ancash	700.00	3.81	Messer
		G.D. La Libertad	18,294.00	3.59	Messer
	Centro	G.D. Huánuco	2,250.00	3.81	Aga
		G.D. Junín	4,789.00	2.67	Praxair
		G.D. Huancavelica	-	-	-
		G.D. Pasco	2,060.00	3.81	Aga
	Sur	G.D. Apurímac	-	-	-
		G.D. Ayacucho	-	-	-
		G.D. Ica	-	-	-
		G.R.A. Cusco	19,440.00	3.81	Praxair
		G.D. Madre de Dios	-	-	-
		G.D. Puno	-	-	-
		G.R.A. Arequipa	93,600.00	3.48	Praxair
		G.D. Moquegua	-	-	-
		G.D. Tacna	-	-	-
	Lima	Sede Central	35,840.00	2.64	Indura
		H.N. A. Sabogal S.	3,360.00	3.14	Aga
		H.N. E. Rebagliati	11,600.00	2.96	Praxair
		H.N. G. Almenara	31,980.00	2.59	Aga Indura
Líquido	Norte	G.R.A. Lambayeque	7,358.00	4.36	Aga
		G.D. Piura	11,924.00	3.87	Aga
		G.D. Ancash	21,742.00	3.60	Aga
		G.D. La Libertad	-	-	-
	Centro	G.D. Huánuco	-	-	-
		G.D. Junín	-	-	-
	Sur	G.D. Arequipa	87.49	5.95	Oxyman
		G.R.A. Cuzco	13,700.00	3.60	Praxair
	Lima	H.N. E. Rebagliati M.	-	-	-
		H.N. A. Sabogal S.	-	-	-
		H.N. G. Almenara I.	-	-	-
		G.D. Lima	-	-	-

H.N: Hospital Nacional; G.D: Gerencia Departamental; G.R.A: Red Asistencial
Fuente: EsSalud
Elaboración: ST-SDC

314. Al igual que en la LP 0399L00091 de 2004-2005, se ha identificado que las empresas investigadas obtuvieron la Buena Pro en zonas diferentes a aquellas en las que tradicionalmente venían obteniéndola durante el periodo materia de investigación. En particular, se verifica que en estos procesos Messer obtuvo la Buena Pro en la zona norte en oxígeno gaseoso, Aga y Praxair en la zona centro, mientras que Praxair compartió tanto con Aga e Indura el otorgamiento de la Buena Pro en Lima.

(iii) LP 0599L00081

315. Finalmente, la siguiente licitación fue la LP 0599L00081 de 2006-2007, la cual fue convocada durante el mes de noviembre de 2005. Los resultados obtenidos en dicho proceso se muestran a continuación.

**Cuadro N°13
Resultados de la LP 0599L00081²²³**

Tipo	Zona	Ítem	Entidad	Volumen (M3)	Participantes	Precio de Referencia (S./ x m3)	Empresa Ganadora	% del Precio de Referencia
Gaseoso	Norte	1	R.A.Lambayeque	90,000.00	A, M, P	3.25	Aga, Messer Praxair	70%
		1	R.A. Piura	44,220.00	A, M, P	3.25	Aga, Messer Praxair	70%
		1	R.A. Tumbes	2,400.00	A, M, P	3.26	Aga, Messer Praxair	70%
		2	R.A. Amazonas	5,160.00	P	6.2	Praxair	110%
		2	R.A. Cajamarca	7,020.00	P	3.41	Praxair	110%
		2	R.A. San Martín	12,672.00	P	6.2	Praxair	110%
		3	R.A. Loreto	32,124.00	-	7.74	Desierto	-
		4	R.A. Ancash	12,240.00	A, M, OM, P	3.5	Aga, Messer Praxair	70%
		4	R.A. La Libertad	67,200.00	A, M, OM, P	3.25	Aga, Messer Praxair	70%
	Centro	5	R.A. Huánuco	16,650.00	A, P	3.25	Aga Praxair	70%
		5	R.A. Junín	24,000.00	A, P	3.25	Aga Praxair	70%
		5	R.A. Pasco	8,892.00	A, P	3.25	Aga Praxair	70%

²²³

Respecto del ítem N°5, esta Sala ha podido verificar que los valores ofertados no ascendieron al 92% del valor de referencia como se señaló en primera instancia, sino que ascendieron al 70% del valor de referencia.

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1167-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 002-2008/CLC

Gaseoso	Sur	6	R.A. Apurímac	4,800.00	P	5.8	Praxair	70%
		6	R.A. Ayacucho	12,000.00	P	5.36	Praxair	70%
		6	R.A. Huanavelica	2,520.00	P	5.8	Praxair	70%
		6	R.A. Ica	176,000.00	P	3.25	Praxair	70%
		7	R.A. Cusco	77,925.00	OM, P	3.25	Praxair	70%
		7	R.A. Madre de Dios	2,250.00	OM, P	6.35	Praxair	70%
		7	R.A. Puno	16,200.00	OM, P	3.5	Praxair	70%
		8	R.A. Arequipa	180,000.00	A, I, OM, P	3.25	Indura, Oxyman Praxair	70%
		8	R.A. Moquegua	4,374.00	A, I, OM, P	3.25	Indura, Oxyman Praxair	70%
		8	R.A. Tacna	25,200.00	A, I, OM, P	3.25	Indura, Oxyman Praxair	70%
	Lima	9	PADOMI	114,729.00	-	2.73	Desierto	-
		9	SETAE	3,000.00	-	2.73	Desierto	-
		10	Centro de Hemodiálisis	5,280.00	A, I, M, P, T	2.73	Praxair	70%
		11	H.N. E. Rebagliati M.	96,000.00	A, I, P, T	2.73	Indura, Praxair Tecnogas	70%
		11	Clínica Angamos	72,000.00	A, I, P, T	2.73	Indura, Praxair Tecnogas	70%
		11	Centro	31,800.00	A, I, P, T	2.73	Indura, Praxair Tecnogas	70%
		11	Cono Sur	46,629.00	A, I, P, T	2.73	Indura, Praxair Tecnogas	70%
		12	H.N. G. Almenara I.	14,400.00	A, I, P, T	2.73	Indura Praxair	70%
		12	Centro	49,032.00	A, I, P, T	2.73	Indura Praxair	70%
		12	Cono Sur	15,456.00	A, I, P, T	2.73	Indura Praxair	70%
		12	Cono Norte	31,800.00	A, I, P, T	2.73	Indura Praxair	70%
		12	H. de Emergencia Grau	144,000.00	A, I, P, T	2.73	Indura Praxair	70%
		13	H.N. A. Sabogal S.	59,040.00	I, P, T	2.73	Indura Praxair	70%
		13	Norte Chico	34,440.00	I, P, T	2.73	Indura Praxair	70%
		13	Humaya/Sayán/Oyón	312.00	I, P, T	3.78	Indura Praxair	70%
		13	Cono Sur	48,000.00	I, P, T	2.73	Indura Praxair	70%
		13	Cono Norte	4,560.00	I, P, T	2.73	Indura Praxair	70%
Líquido	Norte	14	R.A. Piura	72,000.00	A, M, P	3.01	Aga	70%
		14	R.A. Lambayeque	120,000.00	A, M, P	3.01	Aga	70%
		15	R.A. La Libertad	78,000.00	A, M, OM, P	3.01	Aga	70%
		15	R.A. Ancash	59,460.00	A, M, OM, P	3.31	Aga	70%
	Centro	16	R.A. Junín	90,000.00	A, P	3.31	Aga Praxair	70%
		16	R.A. Huánuco	18,000.00	A, P	3.31	Aga Praxair	70%
	Sur	17	R.A. Arequipa	90,000.00	A, I, M, OM, P	3.31	Aga	70%
		18	R.A. Cusco	86,655.00	A, OM, P	3.31	Aga Praxair	70%
	Lima	19	H.N. E. Rebagliati M.	840,000.00	A, M, P	2.7	Praxair	70%
		20	H.N. A. Sabogal S.	188,400.00	A, I, M, OM, P	2.7	Praxair	70%
		21	H.N. G. Almenara I.	720,000.00	A, M, OM, P	2.7	Praxair	70%

H.N: Hospital Nacional; R.A: Red Asistencial

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-SDC

316. Una vez más, al igual que en los dos procesos anteriores, se observa una mayor rivalidad entre las empresas, las cuales en muchos casos obtuvieron la Buena Pro de manera conjunta. Así por ejemplo, la adjudicación de oxígeno medicinal gaseoso para los ítems 1 (R.A. Lambayeque, R.A. Piura y R.A. Tumbes) y 4 (R.A. Ancash y R.A. La Libertad) fue compartida entre las tres empresas investigadas. Por el contrario, en el caso de la zona centro donde típicamente Messer obtenía la Buena Pro, fueron tanto Praxair como Aga quienes ganaron el ítem correspondiente al oxígeno medicinal gaseoso (ítem 5 que incluía R.A. Huánuco, R.A. Junín y R.A. Pasco). Asimismo, en el caso del oxígeno líquido, Aga y Praxair obtuvieron la Buena Pro en la zona centro, plaza en la cual Messer resultaba ganador durante el periodo investigado.
317. Conforme se aprecia de los procesos de selección descritos en el presente apartado (numerales 309 a 316), las denunciadas abandonaron el patrón de comportamiento que habían mantenido por más de cinco años consecutivos. Las investigadas comenzaron a obtener la Buena Pro en zonas en las que durante el periodo investigado no habían ganado y con precios iguales o cercanos al 70% del valor referencial establecido por EsSalud, valor mínimo establecido para la obtención de la Buena Pro en dichos procesos.

III.6.2.3 Características del mercado que favorecen la colusión entre empresas

318. Una vez que han sido analizadas las características de los acuerdos colusorios, aquellas propias del mercado de oxígeno en general, así como los resultados de los procesos convocados por EsSalud, corresponde identificar si dentro del mercado investigado existen condiciones que favorecerían la adopción de una práctica colusoria entre las empresas. En particular, se evaluará aquellas cuestionadas por las recurrentes al haber sido identificadas por la Comisión como favorecedoras de una presunta colusión.
319. Si bien la estructura del mercado no constituye en sí misma un indicio que sustente que las empresas hayan adoptado una estrategia concertada, resulta pertinente evaluar si las características del mercado bajo análisis facilitarían o no la implementación de una práctica anticompetitiva.
320. A continuación, se evaluarán aquellas características o condiciones que favorecen la formación de un cartel, las cuales se dividirán en las siguientes categorías: (i) características estructurales, (ii) características de la oferta, (iii) características de la demanda; y (iv) otras.

a) Características estructurales

321. Dentro de los elementos estructurales se agrupan aquellas características generales que configuran el mercado. A continuación, se detallarán aquellas que se encuentran relacionadas con el favorecimiento de una colusión.

• Concentración del mercado

322. Según la literatura económica²²⁴, se espera que en un mercado exista una correlación negativa²²⁵ entre el número de empresas y la probabilidad de colusión. Ello debido a que un número elevado de empresas genera los siguientes efectos que disminuyen la probabilidad de colusión:

- (i) Aumenta la probabilidad de que empresas con diferentes costos de producción puedan coexistir en el mercado, lo cual elevaría los costos de transacción de llegar a un acuerdo.
- (ii) Hace que las desviaciones del acuerdo colusorio sean más difíciles de controlar, por los altos costos de supervisión del acuerdo.
- (iii) Cada empresa obtiene una porción más pequeña del mercado, lo cual facilita que las desviaciones del acuerdo resulten más atractivas para las empresas coludidas y que los castigos les sean menos costosos.

323. Asimismo, cuando un cartel no incluye a todos los participantes en el mercado, la actuación de aquellos que no forman parte del acuerdo y el ingreso de nuevos entrantes, disminuye la estabilidad de colusión, por la disminución de la cuota total de mercado que el cartel es capaz de capturar.

324. A su vez, un alto nivel de concentración eleva la probabilidad de coludir, de tal manera que es más probable que se presente un escenario anticompetitivo en aquellos mercados donde exista un menor número de participantes²²⁶. Ello debido a la existencia de menores costos de transacción

²²⁴ GROUT, Paul y SONDEREGGER, Silvia. Predicting Cartels. Op. Cit.

²²⁵ La correlación mide el grado de asociación entre dos variables. Se considera que dos variables están correlacionadas cuando los valores de una de ellas varía sistemáticamente con respecto a los valores de la otra.

²²⁶ Esta situación fue advertida por la OECD en sus "Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas" publicados en febrero de 2009. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf>. Pg. 4. (Consultado el 23 de mayo de 2013)

En tal sentido, la OECD señaló lo siguiente:

"Es más probable que se dé la manipulación de ofertas cuando sólo un número reducido de compañías proveen el bien o servicio en cuestión. Cuanto menor sea el número de vendedores, será más fácil llegar a un acuerdo en torno a la manipulación de licitaciones."

En similar sentido ver el documento denominado "Compras públicas y libre competencia" elaborado por la Fiscalía Nacional Económica de Chile. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/Material-de-Promoci%C3%B3n-1-Compras-p%C3%BAlicas-Abr2011.pdf>. En dicho documento, se señala que el bajo número

como los referidos a la coordinación y supervisión de la práctica concertada, los cuales se elevan conforme aumenta el número de participantes²²⁷.

325. Un número reducido de competidores otorga un beneficio extraordinario superior a cada agente infractor como consecuencia del acuerdo colusorio. Asimismo, los costos de coordinación serán menores mientras menos empresas se encuentren involucradas en el acuerdo, siendo más sencilla su vigilancia con un menor número de empresas²²⁸.
326. El grado de concentración de un mercado puede ser medido a través de diferentes indicadores. Uno de los indicadores más utilizados por las autoridades de competencia²²⁹, es el Índice Herfindahl-Hirschman (HHI, por sus siglas en inglés), en tanto no solo toma en cuenta la participación de las principales empresas del mercado, sino que considera la participación de todas las empresas competidoras, pues se define como la suma de los cuadrados de las participaciones de todas las empresas que compiten en un mercado.
327. En particular, y tal como se mencionó en secciones anteriores, el HHI, de acuerdo con los Lineamientos sobre Concentraciones Horizontales de la Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia de Estados Unidos, tomará un valor inferior a 1500 si el mercado es desconcentrado; un valor de entre 1500 y 2500 si el mercado es moderadamente concentrado; y, finalmente, un valor superior a 2500 si se trata de un mercado altamente concentrado.
328. En este caso, el mercado investigado está definido por los procesos de adquisición de oxígeno medicinal en sus diferentes modalidades convocados por EsSalud. A continuación, se observa la evolución de la participación de cada una de las apelantes, así como el HHI del mercado investigado.

de empresas participantes es un mercado constituye un escenario riesgoso para la realización de licitaciones colusorias.

²²⁷ Tal como señala Massimo Motta, en mercados con muchos competidores que llevan a cabo un acuerdo, existirán mayores incentivos a desviarse del mismo pues los beneficios individuales son pocos, mientras que los beneficios de obtener todo el mercado son significativos. En tal sentido, el castigo y los mecanismos de supervisión deben ser aún más estrictos que si se tratara de pocas empresas.

Al respecto ver: MOTTA, Massimo. Op. Cit. Pg. 142 y 143.

²²⁸ IVALDI, Marc; JULLIEN, Bruno; REY, Patrick; SEABRIGHT, Paul; y TIROLE, Jean. Op. Cit.

²²⁹ Al respecto, ver: POSNER, Richard. "Antitrust Law". Second Edition. The University of Chicago Press. 2001. Pg. 70

Cuadro N°14
Participación y concentración de mercado,
según volúmenes adquiridos por EsSalud
(1999-2006)

Año	Aga	Messer	Praxair	Otros	HHI
1999	10.35%	4.20%	85.45%	0.00%	7,426.74
2000	10.98%	3.23%	85.78%	0.00%	7,490.07
2001	12.10%	3.72%	83.86%	0.31%	7,193.79
2002	20.13%	5.55%	70.57%	3.75%	5,430.40
2003	23.12%	2.59%	66.80%	7.48%	5,060.12
2004	29.45%	1.17%	65.06%	4.32%	5,120.33
2005	38.86%	2.49%	49.86%	8.79%	4,079.73
2006	15.89%	1.92%	66.28%	15.92%	4,901.83

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-CLC de la Resolución de Primera Instancia²³⁰

329. De acuerdo a lo argumentado por las recurrentes, el observar una reducción paulatina del HHI acreditaría que en el presente caso existiría un mercado competitivo. Praxair, alegó que la reducción de su participación se vio reflejada en la caída del HHI. De acuerdo con Messer, existieron empresas que ingresaron entre los años 1999 y 2001 tales como Indura, Oxicusco, Oxyman y Tecnogas, lo cual daría cuenta de la existencia de un mercado desconcentrado. Asimismo, las denunciadas señalaron que existían importadoras y distribuidoras de oxígeno que podían hacerles frente.
330. De la revisión del expediente se aprecia que las empresas aludidas por Messer no se encontraban en capacidad de cumplir con los requerimientos de EsSalud (altos volúmenes demandados, abastecimiento conjunto de oxígeno líquido y gaseoso, altos puntajes por experiencia previa, entre los principales requisitos), por lo que no siempre pudieron competir de manera efectiva con las apelantes. Esta situación se verifica durante la primera etapa, en la cual ninguna empresa además de las apelantes presentó ofertas económicas²³¹. Ello, pese a que conforme se verifica de las bases de los procesos de selección, existieron otras empresas productoras interesadas en satisfacer la demanda de EsSalud pero que se veían impedidas de competir por no cumplir con las exigencias planteadas por dicha entidad²³².

²³⁰ Ver Cuadro N°1 de la referida resolución, que obra a fojas 4815.

²³¹ Los requisitos impuestos por EsSalud en las bases generaron que únicamente las tres empresas investigadas pudieran participar de manera efectiva en los procesos convocados por esta institución.

²³² Al respecto, ver comparativo de propuestas económicas de la LP 018-IPSS-98 de 1999 (ver fojas 1440 del expediente) y LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001 (fojas 418-421 del expediente), así como el pliego de absolución de consultas de la LP 0199L00051 de 2001 (ver fojas 972-990 del expediente).

331. En similar sentido, las importadoras y distribuidoras tampoco se encontraron en capacidad de competir de manera efectiva con las empresas investigadas, lo cual se vio reflejado en los resultados de los procesos de selección materia de investigación. En particular, este tipo de empresas no obtuvo la Buena Pro en algún proceso convocado por EsSalud durante el periodo investigado²³³.
332. Asimismo, si bien el HHI presentó una tendencia a la baja durante el periodo investigado, este siempre se ubicó por niveles superiores a 2,500, por lo que este mercado se caracterizó por ser altamente concentrado, en especial durante los tres primeros años en los que, como se detallará más adelante, existían mayores barreras a la entrada.

- Barreras a la entrada

333. Ante la presencia de barreras a la entrada bajas, los precios altos generados como consecuencia de una colusión atraen a nuevos competidores. Ello reduce los beneficios esperados del acuerdo a futuro, mientras que los beneficios del desvío se mantienen constantes. Por consiguiente, ante una caída del beneficio esperado de la colusión y el mantenimiento del beneficio esperado del desvío, existirá un incremento de la probabilidad de desvío del acuerdo. De esta manera, es más difícil de sostener la colusión en aquellos mercados donde las barreras de entrada son bajas, con independencia del número real de participantes en el mercado²³⁴.
334. Por el contrario, la existencia de altas barreras a la entrada garantiza que no ingrese un mayor número de competidores al mercado, lo cual permite a las empresas, que hayan adoptado una estrategia colusoria, continuar con el acuerdo²³⁵.
335. A mayor número de empresas ingresantes, existirán mayores dificultades para el sostenimiento de un cartel, en tanto las nuevas empresas buscarán

²³³ No obstante ello, empresas importadoras o comercializadoras realizaron consultas a las bases de la LP 0199L00052 de 2002-2003. (Ver foja 1855-1858 del expediente).

²³⁴ GROUT, Paul y SONDEREGGER, Silvia. Op. Cit.

²³⁵ Dicha situación ha sido advertida por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia indica que “el establecimiento de barreras para los nuevos participantes, protege a las empresas que se encuentran en el mercado de la presión competitiva de nuevos oferentes. Si bien el establecimiento de unas condiciones mínimas para licitar pueden asegurarle a la administración un oferente medianamente apto, el establecimiento de requerimientos excesivos podría llevar a restringir la participación de otros oferentes de manera innecesaria”.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Op Cit. Pg. 18

En similar sentido, la Generalitat de Catalunya ha señalado que “cuando el acceso a un determinado mercado es difícil las empresas que operan en el mismo se tendrán mutuamente identificadas, de manera que les será más fácil llegar a un acuerdo que las incorpore a todas. Adicionalmente, la existencia o no de barreras a la entrada repercute directamente en el grado de concentración del mercado que al mismo tiempo modifica las probabilidades de colusión”.

Generalitat de Catalunya. Op. Cit. Pg. 15.

obtener una porción del mercado, reduciéndose con ello el beneficio esperado de mantener el acuerdo por parte de cada miembro del cartel.

336. La probabilidad de ingreso de nuevas empresas al mercado hace que un mecanismo de amenaza de “castigo por desvío”²³⁶ no resulte efectivo, pues las empresas no estarán interesadas en continuar con el cartel si esperan que en un futuro ingresen nuevas empresas y ello produzca una situación similar a la de un castigo. En este caso existirían altos incentivos para desviarse del acuerdo colusorio, pues se proyectaría una situación similar a la del castigo de todos modos a partir del ingreso de nuevas empresas²³⁷, mientras los beneficios del desvío no se alterarían.
337. En el mercado del oxígeno medicinal, y tal como ha sido señalado por las propias denunciadas, EsSalud imponía una serie de requisitos que no hicieron posible el ingreso de empresas durante la primera etapa, a pesar de la existencia de beneficios extraordinarios. Es decir, durante el periodo investigado existieron importantes barreras a la entrada que dificultaron el ingreso de un mayor número de competidores.
338. En particular, las principales barreras a la entrada indicadas por las empresas y que habrían impedido el ingreso de competidores serían –a decir de las recurrentes– las siguientes: (i) abastecimiento conjunto de oxígeno líquido y gaseoso, (ii) obligación de abastecimiento a amplias zonas, (iii) alto puntaje por experiencia, (iv) plazos para instalación de tanques, (v) nuevos puntos de atención, (vi) corto plazo de duración de contratos de suministro, (vii) incremento significativo de puntos de abastecimiento, (viii) abastecimiento ante cualquier eventualidad, (ix) periodicidad de suministros, (x) obligación de garantizar suministro de oxígeno líquido sin interrupciones; y, (xi) obligación de revisión inicial y mantenimiento preventivo y correctivo de tanques criogénicos²³⁸.
339. Por el contrario, a partir de setiembre de 2002, luego de que EsSalud dispusiera en sus bases la separación de los requerimientos de oxígeno líquido y gaseoso, además de la desagregación de un mayor número de ítems en cada proceso de selección (LP 0199L00052 de 2002-2003), las barreras a la entrada se redujeron, permitiendo así el ingreso de nuevos competidores.

²³⁶ Un castigo implica un acuerdo entre las empresas que se mantienen en el cartel para que en los siguientes periodos de interacción quien se desvió perciba beneficios significativamente inferiores a los que percibiría de haber mantenido el acuerdo.

²³⁷ IVALDI, Marc; JULLIEN, Bruno; REY, Patrick; SEABRIGHT, Paul; y TIROLE, Jean. Op. Cit. Pg. 40.

²³⁸ Sin perjuicio de las barreras listadas, ello se evaluará con mayor detalle en el apartado III.6.4.4. correspondiente a la evaluación de hipótesis alternativas planteadas por las apelantes.

340. Cabe indicar que además de las barreras impuestas en los procesos, se ha determinado que existen barreras propias de la industria que también han sido señaladas por las propias denunciadas. En efecto, se trata en primer lugar de una industria intensiva en capital, considerando los altos costos involucrados en la instalación de plantas de producción²³⁹.
341. En segundo lugar, se trata de una industria con especificidad de activos, pues para el abastecimiento de oxígeno líquido es necesario contar con tanques criogénicos que involucran obras para su instalación, además del despliegue de equipos tales como válvulas y vaporizadores, mientras que para el aprovisionamiento de oxígeno gaseoso es necesario contar con plantas de llenado cercanas y con cilindros asignados a cada punto de atención.
342. Finalmente, se trata de una industria con un alto componente de costos fijos tales como la depreciación de equipos y la energía eléctrica involucrada en el funcionamiento de las plantas ASU. Esto, a decir de las denunciadas, generaría la necesidad de que los contratos suscritos sean de largo plazo²⁴⁰, puesto que ello garantiza una demanda constante en el tiempo y una mayor seguridad de recuperación de la inversión realizada.
343. Por consiguiente, si bien las apelantes señalaron que no existían barreras de entrada del propio mercado, sino únicamente aquellas generadas por EsSalud²⁴¹, se ha verificado que sí existían barreras de ingreso propias de la industria y asociadas con altos costos fijos. Todas ellas, en su conjunto, elevaron la probabilidad de configuración de un cartel.

- Facilidad de supervisión

344. El éxito de un acuerdo se basa en que los participantes tengan incentivos para permanecer en él y no desviarse. Para que esto suceda, se debe cumplir con la condición de que el castigo por desvío sea lo suficientemente fuerte y que, por otro lado, exista facilidad para comprobar que los miembros del cartel están cumpliendo con el acuerdo²⁴².
345. Mientras mayor sea la facilidad de supervisar el cumplimiento del acuerdo por parte de todos sus miembros, se incurrirá en menores costos de

²³⁹ Al respecto, ver pie de página 178.

²⁴⁰ Tal es el caso de Aga que señaló que las características del negocio generaban la necesidad de celebración de contratos de largo plazo. (Ver foja 1807 del expediente).

²⁴¹ Ver foja 1798 del expediente.

²⁴² IVALDI, Marc; JULLIEN, Bruno; REY, Patrick; SEABRIGHT, Paul; y TIROLE, Jean. Op. Cit. Pg. 41.

transacción, por lo cual la probabilidad de llegar a un acuerdo se incrementará.

346. En este caso, ante un escenario de colusión, la supervisión era fácilmente realizable, en tanto los resultados de cada uno de los procesos de adquisición eran en su mayoría públicos²⁴³, en particular, en el caso de las licitaciones, siendo las empresas capaces de verificar si las demás habían cumplido con lo acordado sin tener que incurrir en costos adicionales de supervisión. Asimismo, dado que la conducta investigada consiste en un reparto de mercado, bastaría con la entrega de resultados de cada proceso para identificar si se estaría cumpliendo o no con términos del acuerdo²⁴⁴. Por ello, la facilidad de supervisión habría incrementado la probabilidad de una colusión.

- Interacciones repetidas

347. Un acuerdo busca ser sostenible en el tiempo, lo cual se facilita si la periodicidad con la cual el comprador demanda el producto es predecible²⁴⁵. Asimismo, la existencia de interacciones repetidas con una alta frecuencia entre las empresas también propiciaría un acuerdo, debido a que esto hace que la amenaza de castigo sea más creíble al poder aplicarse inmediatamente después del eventual desvío. No obstante, si las empresas solo mantienen contacto con poca periodicidad, la sostenibilidad del cartel disminuye significativamente²⁴⁶, manteniendo el resto de factores constantes.

348. En este caso, las apelantes han señalado que dado que el aprovisionamiento a EsSalud sería por un año, de haber existido un acuerdo esto incentivaría a desviarse de aquel. Ello debido a que el castigo o represalia por el desvío podría llevarse a cabo únicamente luego de un año, motivo por el cual las

²⁴³ A excepción de algunas adjudicaciones directas que tenían el carácter de selectivas. Es decir, que un mínimo de tres postores debían ser invitados a participar. En cuanto a las adjudicaciones selectivas, estas solo se observaron en el caso de la G.D. Cuzco en las Adjudicaciones de 2001-2002 y para el Hospital Almenara en las adjudicaciones de los meses de febrero y marzo de 2002.

²⁴⁴ Ello incluso podría llevarse a cabo en adjudicaciones que no fueron públicas, pues todas las participantes eran informadas acerca de la empresa ganadora.

²⁴⁵ Al respecto la OECD en sus *"Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas"*, indicó que *"las compras repetidas aumentan las probabilidades de colusión. La frecuencia de presentación de ofertas ayuda a los miembros de un acuerdo de manipulación de licitaciones a asignar contratos entre ellos. Asimismo, los participantes del cartel pueden castigar a los miembros que hagan trampa al focalizar las licitaciones que se les asignaron a estos originalmente. Así, los contratos para la adquisición de bienes o servicios que tienen una frecuencia regular o recurrente podrían requerir de herramientas y vigilancia especiales para desalentar la colusión en la presentación de ofertas"*. En similar sentido se ha manifestado la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia en su *"Guía práctica para combatir la colusión en licitaciones"*, la Fiscalía Nacional Económica de Chile en su documento denominado *"Compras públicas y libre competencia"* y la Generalitat de Catalunya en su *"Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública"*.

²⁴⁶ GROUT, Paul y SONDEREGGER, Silvia. Predicting Cartels. Op. Cit. Pg. 26.

empresas tendrían tiempo de capitalizarse y obtener una ventaja comparativa respecto de las demás.

349. La Sala considera que la periodicidad entre las adquisiciones debe ser evaluada en función a cada mercado, pues un año puede representar un corto plazo para una empresa dedicada a cierto tipo de negocio, mientras que ese mismo periodo puede implicar un plazo muy largo para otro tipo de empresas. Así por ejemplo, un año es muy diferente para una empresa dedicada a la comercialización de alimentos respecto de una industria cuyo giro sea la fabricación de aeronaves.
350. El segmento de oxígeno medicinal, tal y como las empresas lo han señalado, se caracteriza por poseer inversiones específicas, altos costos hundidos y economías de escala²⁴⁷.
351. Tomando como referencia que: (i) los contratos celebrados con clientes del segmento industrial tienen en algunos casos una duración de entre 10 y 15 años²⁴⁸, (ii) el segmento industrial es el de mayor importancia según lo alegado por las empresas; y, (iii) algunos contratos con clientes medicinales tenían una duración de tres años, puede afirmarse que en el mercado de oxígeno se valora el largo plazo.
352. En otras palabras, el factor de descuento es cercano a 1, lo cual implica —como se detalló previamente— que la valoración de ingresos que se recibirán en futuros periodos de interacción es muy similar a la valoración de esos mismos ingresos recibidos en el periodo actual. Lo anterior produce incentivos para mantener un acuerdo y evitar un desvío. Si bien en el primer periodo de interacción los beneficios del desvío serían mayores a los beneficios de mantenerse en el acuerdo, en los siguientes periodos, ante la existencia de un castigo por desvío, se reciben ingresos inferiores a los que se habrían obtenido como consecuencia del acuerdo.
353. En conclusión, dado que las denunciadas tenían conocimiento de que EsSalud realizaba convocatorias para la adquisición de oxígeno medicinal con una periodicidad aproximada de un año y que estas convocatorias siempre se repetirían en el tiempo al ser un bien imprescindible para prestar sus servicios, estos son factores que facilitaban la posibilidad de la realización de prácticas concertadas. Del mismo modo, la valoración sobre el

²⁴⁷ Estas características han sido reconocidas por ejemplo por Praxair (ver fojas 1685-1686 del expediente), por Aga a través del Informe del CIUP presentado ante esta instancia (ver foja 5161 del expediente), y por Messer (ver fojas 4753-4754 y 4974 del expediente).

²⁴⁸ En particular, Praxair señaló que los contratos con sus clientes industriales más importantes se pactaban por un periodo de entre 10 y 15 años (ver foja 1680 del expediente). Asimismo, el contrato celebrado entre Messer y SiderPerú estipulaba una vigencia inicial de 15 años (ver foja 2221 del expediente). Aga, por su parte, señaló que los contratos suscritos con el MINSA tenían una duración de entre 3 y 4 años; los suscritos con los privados medicinales, 5 años; y los suscritos con los industriales entre 3 y 5 años (ver foja 5100 del expediente).

futuro representó un elemento que en el caso evaluado favoreció la eventual adopción y sostenimiento de un acuerdo.

b) Características de oferta

354. Dentro de esta categoría se agrupan todas aquellas características asociadas a la oferta que favorecerían la formación de un cartel.

- Homogeneidad del oxígeno requerido por EsSalud

355. De acuerdo con la literatura económica, el ofrecer bienes o servicios homogéneos –que presenten características similares– hace más sencillo el cumplimiento de un acuerdo²⁴⁹.

356. Por el contrario, si los bienes o servicios requeridos tuvieran características diferentes entre sí, los precios tendrían que variar en función a las valoraciones de la demanda, lo cual incrementaría los costos de transacción de llegar a un acuerdo y podría implicar la determinación de precios diferentes, haciendo aún más difícil la supervisión. La razón es que ante un incremento del precio por parte de una empresa, los demás competidores no tendrían certeza de si este incremento fue causado por una desviación en el acuerdo o por un cambio en factores como la calidad del producto o la valoración del mismo.

357. Dado que en el caso de bienes y servicios homogéneos la valoración del consumidor será la misma, no sería necesario acordar precios diferenciados ni tampoco sería necesario acordar otro tipo de aspectos entre competidores además del precio. En tal sentido, la implementación del acuerdo se simplificaría al reducir los costos de transacción²⁵⁰.

358. De otro lado, las apelantes indicaron que el mercado de oxígeno no sería homogéneo, pues el oxígeno no sería un *commodity*, sino que su abastecimiento implicaría más bien un “servicio integral”, que incluiría diferentes prestaciones en función a los requerimientos de los clientes.

359. Si bien tal como ha sido señalado por las recurrentes el abastecimiento de oxígeno involucra un servicio integral al ser las prestaciones diferentes en

²⁴⁹ Tal como señala Motta, uno de los principales factores analizados por las autoridades de competencia europeas al momento de evaluar si las fusiones podrían dar lugar a una colusión, es justamente la homogeneidad del producto. Así, es sabido entre las autoridades de competencia y jueces que es más sencillo llegar a acuerdos colusorios ante la presencia de productos homogéneos que en el caso de productos diferenciados.

MOTTA, Massimo. Op. Cit. Pg. 146 y 147.

²⁵⁰ Ello además ha sido señalado por la OECD en sus “Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas”, en los cuales señaló que: “Cuando los productos o servicios que venden las personas o compañías son idénticos o muy similares, resulta más fácil que las empresas lleguen a un acuerdo en torno a una estructura de precios común”.

función de cada tipo de cliente, la Sala considera que sí existe homogeneidad dentro de las condiciones exigidas por EsSalud. Ello debido a que las condiciones requeridas a las empresas eran las mismas y solamente quienes cumplieran con aquellas estarían en capacidad de realizar ofertas económicas. Por consiguiente, en el caso específico de los procesos convocados por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal tanto líquido como gaseoso, únicamente quienes cumplieran con ciertos requisitos técnicos mínimos²⁵¹ se encontraban en capacidad de hacer ofertas económicas, por lo que finalmente se competiría por precios más que por condiciones ofrecidas.

360. Asimismo, aunque de acuerdo a Messer en el presente caso no se está investigando un cartel de precios, no es menos cierto que la homogeneidad del producto dentro de las ofertas presentadas por las apelantes también facilita un eventual acuerdo, al reducir los costos de coordinación entre las participantes.

- Simetría entre empresas

361. Cuando las empresas que forman parte de un acuerdo poseen diferentes tipos de tecnologías y, por tanto, estructuras distintas de costos, la posibilidad de que quien posea menores costos se desvíe del acuerdo se incrementa, haciendo menos probable la concertación. Por el contrario, cuando la estructura de costos entre empresas es similar, se propicia la formación de un acuerdo²⁵².

362. Según Messer, las empresas no eran simétricas, puesto que esta empresa era la que poseía menor participación en las adquisiciones de EsSalud. Por tanto, de existir algún acuerdo, sería la empresa que tendría mayores incentivos para desviarse y así obtener una mayor cuota de mercado.

363. Adicionalmente, Praxair señaló que la asimetría de costos entre las empresas no habría hecho sostenible un presunto acuerdo de reparto de mercado.

364. Sobre el particular, de acuerdo con lo señalado por las apelantes en el expediente, los costos asociados con la producción de oxígeno serían bajos, por lo que, de existir asimetrías en costos por el tamaño de planta estas solo afectarían de manera marginal al precio final. De otro lado, los costos en

²⁵¹ Uno de los requisitos más importantes que impidió el ingreso de potenciales competidores fue el requerimiento de pureza del oxígeno del 99.5%, el cual fue reducido en la LP 0199L00052 de 2002-2003 a 99%, lo cual dejaba fuera de competencia a empresas con tecnología PSA, cuyo oxígeno poseía una pureza al 95%.

²⁵² MOTTA, Massimo. Op. Cit. Pg. 147 y 148.

transporte y activos asociados al aprovisionamiento de oxígeno medicinal son similares para todas²⁵³.

365. Así, los costos de producción son reducidos respecto de los precios cobrados, por lo que las diferentes capacidades de planta no afectarían de manera significativa los márgenes de cada empresa. Por tanto, si bien las empresas poseen diferentes capacidades de planta, todas utilizan la tecnología ASU e incurren en costos similares en la adquisición de cilindros, tanques, entre otros activos para garantizar el correcto abastecimiento de oxígeno. Por tanto, su estructura de costos resulta siendo similar, por lo cual esta simetría entre empresas facilitaría la implementación de un acuerdo.
366. Finalmente cabe precisar que, contrariamente a lo señalado por Messer, no existía una alta posibilidad de desvío de su parte. Ciertamente, durante las dos primeras licitaciones, Messer adquiría oxígeno tanto de Aga como de Praxair²⁵⁴, por lo que de haberse desviado de un eventual acuerdo, su castigo sería una negativa por parte de estas empresas a futuros abastecimientos de oxígeno. Cabe indicar que ello habría afectado no solamente su abastecimiento a EsSalud, sino también al resto de sus clientes, pues el íntegro del oxígeno ofrecido por Messer era adquirido de terceros hasta antes del inicio de la operación de su planta en el año 2001.

c) Características de la demanda

367. Dentro de esta categoría se agrupan todos aquellos factores que favorecerían la formación de un cartel y que estarían asociados a características propias de la demanda.
- Baja sustituibilidad²⁵⁵
368. En situaciones en las que un producto posee pocos sustitutos o existen especificaciones que no todos los potenciales competidores pueden cumplir, se restringe el número de competidores que pueden participar de manera efectiva de un acuerdo²⁵⁶.

²⁵³ Se ha podido verificar que los precios de activos tales como cilindros y tanques de almacenamiento son similares para las empresas apelantes a partir de la información de activos presentada por dichas empresas.

²⁵⁴ Cabe resaltar que de acuerdo con lo indicado por Messer, esta empresa se abasteció entre los años 1998 y 2001, además de Aga y Praxair, de Indura, cuya planta se ubicaba en Lurín. (Para mayor detalle de los volúmenes de oxígeno adquiridos a terceros durante este periodo, ver foja 2174 del expediente).

²⁵⁵ USDOJ. "Price fixing, bid rigging, and market allocation schemes: what they are and what to look for". Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/211578.pdf>. (Consultado el 4 de mayo de 2013).

²⁵⁶ Al respecto, la OECD en sus "Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas" señaló que la existencia de productos homogéneos sin sustitutos cercanos permite que los individuos o empresas se sientan más seguros porque saben que el comprador cuenta con pocas opciones, posibilitando así la elevación de los precios en sus propuestas. En similar sentido se ha pronunciado la Superintendencia de Industria y Comercio

369. En este caso, los requerimientos específicos que solicitaba EsSalud ocasionaban que no todos los participantes del mercado de oxígeno medicinal pudieran participar en los procesos convocados por la entidad.

370. En particular, el requerimiento de que el oxígeno posea un nivel de pureza del 99.5%, cuyo requerimiento de pureza cambió posteriormente a 99%²⁵⁷, no permitió que empresas que utilizaban la tecnología PSA pudieran ingresar de manera efectiva a competir en los procesos de selección convocados por EsSalud. Ello debido a que, como se mencionó en numerales anteriores, el nivel de pureza alcanzado con dicha tecnología era de 95%.

- Crecimiento de la demanda

371. Según la OFT²⁵⁸, el crecimiento de la demanda facilita la colusión, pues cuando la demanda presenta una tendencia al alza, son mayores los beneficios esperados del acuerdo, por lo que existirían incentivos de mantenerse en el acuerdo que de desviarse, manteniendo todo lo demás estable.

372. No obstante, esta tendencia está condicionada a que las barreras de entrada sean lo suficientemente altas, pues en ausencia de dichas barreras, el crecimiento de la demanda motivaría la entrada de nuevos competidores en el mercado. Esto, al menos parcialmente, contrarrestará el efecto pro-colusión del crecimiento proyectado de la demanda²⁵⁹. Por tanto, bajo el supuesto de un mercado con altas barreras de entrada, una demanda creciente facilita el acuerdo, pues hace más atractivo mantenerse en este y más costoso desviarse²⁶⁰.

373. En el caso de las licitaciones y adjudicaciones de EsSalud, se observó en los requerimientos de oxígeno estipulados en las bases que durante la primera etapa, la demanda experimentó un crecimiento en el volumen de metros cúbicos demandados, por lo que los beneficios esperados de sostener el hipotético acuerdo a futuro hacían más atractivo mantenerlo.

374. De otro lado, si bien durante la segunda etapa la demanda en ciertas zonas experimentó también incrementos, existieron nuevas empresas entrantes a partir del cambio en las bases de EsSalud, lo cual habría debilitado la

de Colombia en su *"Guía práctica para combatir la colusión en licitaciones"* y la Fiscalía Nacional Económica de Chile en su documento denominado *"Compras públicas y libre competencia"*.

²⁵⁷ El requerimiento fue reducido a partir de la LP 0199L00052 de 2002-2003.

²⁵⁸ GROUT, Paul y SONDEREGGER, Silvia. Op. Cit. Pg. 31 y 32.

²⁵⁹ Ídem. Pg. 28.

²⁶⁰ IVALDI, Marc; JULLIEN, Bruno; REY, Patrick; SEABRIGHT, Paul; y TIROLE, Jean. Op. Cit. Pg. 26 y 27.

existencia de un eventual acuerdo. Así, los precios altos, la demanda creciente y la reducción de barreras a la entrada habrían atraído a nuevas empresas.

- Poder de compra

375. Los compradores se benefician de las guerras de precios entre los vendedores. Por ello, es de esperarse que cuando existen grandes compradores, estos utilicen su poder para intentar romper cualquier acuerdo colusorio que pueda existir entre los vendedores. En ese sentido, de acuerdo con la OFT²⁶¹, la presencia de compradores de gran tamaño y alto poder de negociación hacen que una colusión sea más difícil de sostener.
376. Esto puede lograrse, por ejemplo, mediante la concentración de las órdenes de compra a través del tiempo, con el fin de hacer que las interacciones de los vendedores sean menos frecuentes²⁶². No obstante, debe tenerse en cuenta que si existe posibilidad de que las empresas se puedan comunicar, ello podría, al menos en parte, contrarrestar el poder de compra.
377. De acuerdo con lo alegado por las apelantes, EsSalud no solo habría tenido poder de mercado, sino que su poder habría sido tan fuerte que se trataría de un monopsonio. Ello en tanto dicha entidad se habría encontrado en capacidad de establecer condiciones con independencia de las ofertantes²⁶³.
378. Así, Praxair señaló que el hecho de que el cambio de diseño de las bases haya obligado a dicha empresa a reducir sus precios da cuenta del poder con el que contaba EsSalud²⁶⁴. En particular, de acuerdo con lo alegado por Praxair a través del informe encargado a Inteligencia Financiera S.A.C.²⁶⁵ (en adelante, Intelfin), EsSalud cumplía con tres características para ser un monopsonio: (i) concentración del 70% de demanda de oxígeno medicinal, (ii) establecimiento unilateral de condiciones; y (iii) condiciones establecidas con independencia de los ofertantes y resto de demandantes.
379. Asimismo, las apelantes cuestionaron los cálculos realizados por la Comisión respecto de la elasticidad de la demanda²⁶⁶, alegando que dicho cálculo no

²⁶¹ Ídem. Pg. 35.

²⁶² SNYDER, C.M. "A Dynamic Theory of Countervailing Power". 1996. The Rand Journal of Economics, 27. Pg. 747-769.

²⁶³ Ver foja 2314 del expediente.

²⁶⁴ Ver foja 1761 del expediente.

²⁶⁵ Opinión técnica elaborada por Intelfin y presentada por Praxair. (Ver foja 2337 del expediente).

²⁶⁶ En particular, el informe económico elaborado por el CIUP y presentado por Aga señaló que existían errores en el cálculo de la elasticidad tales como sumar oxígeno líquido y gaseoso cuando los precios del primero son

podría realizarse al no existir una función de demanda por tratarse de un monopsonio.

380. Sobre el particular, resulta pertinente recordar en primer lugar la definición de un monopsonio de acuerdo el “Glosario de economía industrial y de derecho de la competencia” elaborado por la OECD²⁶⁷, el cual señala lo siguiente:

“Un monopsonio es un mercado con un único comprador. En presencia de un número limitado de compradores se habla de un oligopsonio. Se dice generalmente que un comprador tiene un poder de monopsonio cuando ejerce cierto control sobre el precio de sus factores de producción.

(...)

*Se recurre a menudo a la noción de poder de monopsonio en el marco de la definición de estructura de mercado. Cuando se quiere, por ejemplo, determinar la existencia de un poder de monopolio, puede ser útil examinar en qué medida este poder no está contrapesado por el que ejercen los compradores. Se habla entonces a menudo de poder compensador. La existencia de compradores en situación de monopsonio o de oligopsonio puede impedir que una empresa aumente sus precios o estorbarle de forma considerable, incluso si ésta se encuentra en situación de monopolio.”*²⁶⁸ (Subrayado agregado)

381. De acuerdo con esta definición, un mercado será monopsonico únicamente si existe un solo comprador y, a su vez, este ejerce control sobre los precios, lo cual no sucede en el presente caso, debido a que tal como ha sido señalado por las propias empresas, EsSalud no es su único comprador ya que poseen otros clientes en el segmento medicinal, tales como, el MINSA, los Hospitales de las Fuerzas Armadas y las clínicas privadas; ello, sin considerar a sus clientes en el segmento industrial. Por tanto, se concluye que EsSalud no califica como un monopsonio.
382. Cabe indicar que lo antes señalado no implica que se desconozca que EsSalud contaba con poder de mercado. Por el contrario, tal como se detalló en la descripción de los procesos convocados por EsSalud, esta entidad ejerció su poder durante la segunda etapa al cambiar las bases que favorecieron el ingreso de nuevas empresas. Las convocatorias a partir de esta segunda etapa garantizaron un mayor número de competidores pagando el mejor precio posible.

usualmente inferiores a los del segundo, no considera la totalidad del periodo investigado, considerar cantidades referenciales en lugar de efectivas, entre otros aspectos. (Ver foja 2008-2009 del expediente).

²⁶⁷ OECD. “Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law” 1993. Pg. 61

²⁶⁸ Traducción libre de: “A monopsony consists of a market with a single buyer. When there are only a few buyers, the market is defined as an oligopsony. In general, when buyers have some influence over the price of their inputs they are said to have monopsony power. (...) One common use of the notion of monopsony power arises in the context of defining market structure. For example, in cases where monopoly power is the issue, it may be useful to examine the extent to which such power is offset by powerful buyers. This is sometimes referred to as countervailing power. The ability of a firm to raise prices, even when it is a monopolist, can be reduced or eliminated by monopsony or oligopsony buyers. To the extent that input prices can be controlled in this way, consumers may be better off.”

383. Sin embargo, el uso de su poder de mercado no fue constante a lo largo del tiempo. Así, durante la primera etapa evaluada, las empresas fueron quienes ejercieron su poder de mercado al lograr un incremento de valores de referencia, tal como ocurrió en la LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001²⁶⁹, oportunidad en la cual se abstuvieron de participar en una primera convocatoria, lo que dio lugar a una segunda convocatoria e incluso a una tercera para el caso de la zona norte. Por tanto, si bien EsSalud ejerció su poder de compra durante la segunda etapa, esto no se dio durante la primera etapa²⁷⁰, en la cual las empresas se encontraron en capacidad de elevar los precios de referencia.
384. Ahora bien, el hecho de que EsSalud haya ejercido su poder de compra durante la segunda etapa no implicó que las empresas hubiesen visto la totalidad de su poder de mercado reducido, puesto que la ubicación de las apelantes en las mismas zonas se mantuvo durante dicho periodo.
385. Adicionalmente, las imputadas señalaron que no sería correcto considerar, como lo habría hecho la Comisión, que la demanda por oxígeno medicinal de EsSalud era inelástica²⁷¹ y, por tanto, no se encontrara en capacidad de ejercer poder de mercado²⁷², puesto que existían sustitutos como el oxígeno fabricado en las plantas PSA.
386. Al respecto, se considera que, si bien en el mediano plazo EsSalud estaba en la capacidad de determinar las condiciones de sus siguientes licitaciones, tal como se observó a partir de la segunda etapa, pues bastó con un mejor diseño de las licitaciones para favorecer el ingreso de nuevas empresas y así reducir los precios, en el corto plazo son las empresas ofertantes quienes poseen poder de negociación. La razón es que EsSalud en el corto plazo necesitaba adquirir de forma inmediata el oxígeno, considerando la sensibilidad de este bien para la prestación de servicios de salud de dicha entidad²⁷³, el cual debía ser suministrado de manera permanente por las empresas. En caso contrario, una falta de abastecimiento habría puesto en riesgo la vida de los pacientes.

²⁶⁹ Las empresas lograron un incremento de alrededor de 14% del valor de referencia en dicho proceso durante la segunda convocatoria.

²⁷⁰ Si bien EsSalud contaba con poder de compra, este no fue ejercido durante la primera etapa evaluada, pues el diseño de sus bases otorgaba ventajas a las tres empresas investigadas, respecto del resto de posibles competidores.

²⁷¹ Una demanda inelástica es aquella cuyas cantidades se mantienen relativamente inalterables ante un incremento en los precios.

²⁷² Así, por ejemplo, Aga resaltó que la Comisión habría incurrido en una serie de errores en su cálculo de elasticidad, tales como considerar dentro del cálculo el oxígeno gaseoso y líquido. Al respecto, ver comentarios de Aga presentados en el primer informe del CIUP en el marco de su defensa, que obran a fojas 2008-2012 del expediente.

²⁷³ Tal es el caso de la LP 0199L00051 de 2001 declarada desierta y luego de lo cual la entidad se vio obligada a llevar a cabo procesos de adjudicaciones para no desabastecerse de este bien crucial para brindar los servicios de salud.

387. En relación con el oxígeno producido en plantas PSA, este no sería sustituto de la demanda de EsSalud, debido a que estas producen un oxígeno al 95% de pureza, mientras que EsSalud requirió en sus licitaciones oxígeno a un nivel de pureza de entre el 99% y el 99.5%, salvo en ciertas ocasiones en que existieron adjudicaciones, convocadas a nivel local y no centralizadas²⁷⁴. Asimismo, cabe resaltar que la inelasticidad de demanda ha sido incluso reconocida por Praxair a partir del informe encargado a Intelfin remitido con fecha 5 de mayo de 2008 a la Comisión: “...es claro que la demanda por oxígeno medicinal es inelástica”²⁷⁵. Ello a pesar de incluir el oxígeno fabricado en plantas PSA como sustituto.
388. En conclusión, aunque EsSalud contaba con poder de compra, dicha entidad no ejerció tal poder durante la primera etapa, lo cual permitió a las empresas denunciadas cobrar precios cercanos al máximo durante la primera etapa de los procesos de adquisición, tal como ha sido reconocido por una de las apelantes²⁷⁶. Así, no fue sino hasta la segunda etapa que cambiaron las condiciones en las bases que favorecieron el ingreso de nuevas empresas. Por ello, el poder de compra alegado por las recurrentes no involucró que la entidad haya podido ejercer dicho poder a lo largo del periodo investigado impidiendo la adopción de una estrategia colusoria.

d) Otros elementos relevantes

389. Además de aquellas características del mercado que favorecen la formación de un cartel y están asociadas ya sea con la estructura de mercado, la demanda o la oferta, existen otros factores que podrían promover un acuerdo colusorio tales como los espacios de comunicación entre competidores.

• Espacios para coordinación entre competidores²⁷⁷

390. Compte y Kandori-Matsushima²⁷⁸ señalan que el problema de disponibilidad de información respecto de los competidores puede ser solucionado a través de la comunicación entre empresas, como por ejemplo, a través de mecanismos que mejoran la comunicación, tales como asociaciones de comercio o tratos legítimos de negocios²⁷⁹. Por tanto, la existencia de espacios donde los competidores pueden comunicarse favorece la colusión.

²⁷⁴ Ejemplo de ello es la G.D. Cajamarca que adquirió oxígeno de una planta PSA durante el año 2001.

²⁷⁵ Ver foja 2342 del expediente.

²⁷⁶ La empresa Aga que reconoce que durante esta empresa presentaron beneficios supra competitivos.

²⁷⁷ USDOJ. *Price fixing, bid rigging, and market allocation schemes: what they are and what to look for*. Op. Cit.

²⁷⁸ GROUT, Paul y SONDEREGGER, Silvia. *Predicting Cartels*. Op. Cit.

²⁷⁹ Sobre el particular, la OECD en sus “*Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*”, ha señalado que las asociaciones gremiales o industriales pueden ser utilizadas por los agentes

391. En el caso de las empresas investigadas, se han encontrado tres espacios a través de los cuales se favoreció la comunicación entre las empresas: (i) estas formaban parte del Comité de Gases dentro de la Sociedad Nacional de Industrias; (ii) las empresas se abastecieron entre ellas cuando no se encontraron en capacidad de abastecer su demanda con producción propia durante el periodo investigado²⁸⁰; y, (iii) en el caso particular de Messer, esta empresa señaló que hasta el momento en que no contaba con planta adquiriría oxígeno de las empresas productoras²⁸¹.
392. Por consiguiente, la existencia de espacios de comunicación entre las empresas ya sea por la necesidad de abastecimiento o por pertenecer a la misma asociación, facilita una posible colusión.

III.6.3 Indicios hallados por la Comisión

393. Una vez que se han identificado las características o factores del mercado que pudieron haber facilitado la existencia de una colusión, a continuación corresponde analizar los indicios en los que se basó la Comisión para sustentar que se configuró una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de reparto geográfico 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 investigado.
394. Tal como se ha indicado en apartados anteriores, es difícil demostrar la existencia de un cartel a través de pruebas directas, por lo cual los indicios o evidencia circunstancial son ampliamente aceptados al momento de probar la existencia de un acuerdo. Así, los indicios deben ser hechos cuya existencia se encuentre debidamente probada y que, evaluados en su conjunto a través de un razonamiento lógico, produzcan certeza sobre el hecho o hipótesis que se busque demostrar.
395. En tal sentido, luego de detallar los indicios que sustentan el pronunciamiento de la Comisión²⁸², este Colegiado evaluará si, en efecto, se trata de hechos debidamente probados a partir de los cuales se podría inferir la práctica anticompetitiva imputada.

anticompetitivos para reunirse y ocultar sus discusiones acerca de formas y medios para llegar a un acuerdo de manipulación de licitaciones e implementarlo. En similar sentido se ha pronunciado la Generalitat de Catalunya en su "Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública".

²⁸⁰ Si bien no existe ningún convenio entre las empresas, estas se abastecen entre ellas cuando no alcanzan a cubrir la demanda con su producción propia. Por ejemplo, Praxair afirmó que adquirió oxígeno de sus competidores durante el periodo investigado (ver foja 5032 del expediente).

²⁸¹ En particular, esta Sala ha podido constatar que las adquisiciones de oxígeno de terceros provenían de tres proveedores: (i) Praxair (con planta en Pisco), (ii) Aga (con planta en Lima) e (iii) Indura (con planta en Lurín). (Ver foja 2174 del expediente).

²⁸² Cabe resaltar que los indicios se encuentran a lo largo de la Resolución de Primera Instancia, motivo por el cual esta Sala ha considerado pertinente detallar los principales en el presente apartado.

III.6.3.1 La provisión de oxígeno en una misma zona durante el periodo investigado

396. De acuerdo con lo determinado por la Comisión, las imputadas resultaron ganadoras en los procesos de selección en una misma zona de manera recurrente durante el periodo investigado. Aga obtuvo la Buena Pro en la zona norte; Messer en la zona centro; y Praxair tanto en Lima como en la zona sur²⁸³. Este hecho constituyó uno de los principales indicios sobre la existencia de un presunto reparto de mercado para la primera instancia.
397. De la revisión de los resultados de los procesos convocados por EsSalud, se ha podido comprobar que, en efecto, las investigadas resultaron ganadoras en una misma zona en todo el periodo investigado, lo cual constituye un hecho debidamente acreditado. Este patrón se aprecia en el Cuadro N°15.

Cuadro N°15
Empresas ganadoras de los procesos convocados por
EsSalud durante el periodo investigado por zonas

Zona	LP 018-IPSS-98	LP 053-ESSALUD-99	Adjudicaciones 2001-2002	LP 0199L00052	Adjudicaciones 2003-2004
Norte	Aga	Aga	Aga*	Aga	Aga
Sur	Praxair	Praxair	Praxair**	Praxair***	Praxair
Centro	Messer	Messer	Messer	Messer****	Messer
Lima	Praxair	Praxair	Praxair	Praxair	Praxair

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-SDC

* Caxamarca Gas abasteció de oxígeno gaseoso a la G.D. Cajamarca durante el mes de octubre de 2001.

**Oxicusco abasteció de oxígeno gaseoso a la G.D. Apurímac en los meses de abril, junio y agosto de 2002, mientras que Oxígeno's EIRL abasteció de oxígeno gaseoso a la G.D. Ayacucho en febrero de 2002-

***Oxyman obtuvo la Buena Pro para el abastecimiento de oxígeno líquido en la G.D. Arequipa, mientras que Oxicusco obtuvo la Buena Pro para el abastecimiento de oxígeno gaseoso en la G.D. Apurímac.

****Oxyman obtuvo la Buena Pro para el abastecimiento de oxígeno líquido en la G.D. Junín.

III.6.3.2 Ofertas ganadoras cercanas al máximo permitido en la primera etapa

398. La Comisión identificó que las apelantes no solo obtuvieron la Buena Pro de manera recurrente en las mismas zonas, sino que además resultaron ganadoras en los procesos convocados por EsSalud con precios cercanos o iguales al máximo, es decir, al 110% del valor de referencia durante la primera etapa evaluada²⁸⁴ en el caso de las licitaciones y con precios

²⁸³ Sin perjuicio de que ninguna de las imputadas ganó en zonas fuera de aquellas en las que típicamente obtuvieron la Buena Pro, a partir de la segunda etapa y luego del cambio de condiciones en las bases impuestas por EsSalud, ingresaron nuevas empresas que obtuvieron la Buena Pro en ciertas zonas que serán detalladas en el Cuadro N°15.

²⁸⁴ En particular, la Comisión señaló lo siguiente: "En efecto, en el Primer Periodo (desde la LP 018-IPSS-98 (noviembre, 1998) hasta las Adjudicaciones de setiembre de 2001), las empresas investigadas obtuvieron la Buena Pro en 129/236

superiores al valor referencial del proceso de selección inmediato anterior en el caso de las adjudicaciones.

399. Conforme a los resultados de los procesos de selección en la primera etapa, se verifica que las empresas obtuvieron la Buena Pro con precios muy cercanos al 110%. Aga obtuvo la Buena Pro ofertando valores ascendentes al 109% del valor de referencia durante las dos primeras licitaciones. Messer, por su parte, obtuvo la Buena Pro ofertando al 105% durante la primera licitación y al 110% durante la segunda; y, finalmente, Praxair ofertó al 109% en la primera y al 110% en la segunda licitación²⁸⁵. Del mismo modo, los precios en las Adjudicaciones de 2001-2002 se encontraron entre 14 y 55 puntos porcentuales por encima de los valores de referencia de la LP 053-ESSALUD-99, tal como se observa en el Cuadro N°16.

Cuadro N°16
Valor ofertado por empresas ganadoras de
los procesos convocados por EsSalud
durante la primera etapa

Zona	LP 018-IPSS-98	LP 053-ESSALUD-99	Adjudicaciones* 2001-2002
Norte	108% (Aga)	109% (Aga)	136% (Gaseoso - Aga) 134% (Líquido - Aga)
Sur	109% (Praxair)	110% (Praxair)	114% (Gaseoso - Praxair)
Centro	105% (Messer)	110% (Messer)	149% (Gaseoso - Messer) 155% (Líquido - Messer)
Lima	109% (Praxair)	110% (Praxair)	151% (Gaseoso - Praxair) 134% (Líquido - Praxair)

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-SDC

* Se compararon los valores de referencia de la LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001 con los precios en que se ganaron las Adjudicaciones de 2001-2002.

400. Por su parte, Messer señaló como uno de los principales puntos de su apelación que su proceder se alejaría del patrón hallado por la Comisión para concluir que las imputadas habrían participado de una colusión. En particular, manifestó que en su caso los precios adjudicados durante la primera etapa no habrían sido cercanos al 110%, lo cual sería inconsistente con la lógica de maximización de beneficios que busca la formación de un cartel.

Pro en las mismas zonas por más de tres años, ofertando precios iguales o muy cercanos al 110% del valor referencial..." (Subrayado agregado). (Ver foja 4838 del expediente).

285

Cabe resaltar que Praxair obtuvo la Buena Pro en la LP 018-IPSS-98 de 1999 al ofertar al 109% del valor referencial, tanto en el ítem correspondiente a Lima como el correspondiente al sur. Asimismo, obtuvo la Buena Pro en la LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001 al ofertar un monto equivalente al 110% del valor de referencia tanto en el ítem correspondiente a Lima como el correspondiente al sur.

401. Al respecto, la Sala aprecia que las ofertas de Messer sí fueron cercanas al 110% en las dos licitaciones correspondientes a este periodo. Si bien durante la primera licitación Messer realizó una oferta ascendente al 105% del valor de referencia, 4 puntos inferior a lo ofertado por las otras dos empresas en las zonas donde aquellas obtuvieron la Buena Pro, esta oferta resultó cercana al 110%. Asimismo, durante la segunda licitación dicha oferta ascendió a 110%, es decir, al valor máximo permitido.

402. Este Colegiado considera que —al igual que Aga y Praxair— Messer cumplió con el patrón determinado por la primera instancia, es decir, ofertar precios cercanos o iguales al máximo permitido durante las licitaciones públicas de la primera etapa en aquellas zonas donde obtuvo la Buena Pro. En tal sentido, el cuestionamiento planteado por Messer debe ser desestimado.

III.6.3.3 Ofertas por encima del máximo permitido o abstención de participar en zonas donde las empresas no obtenían la Buena Pro

403. Otro de los indicios identificados por la Comisión fue el hecho de que durante el periodo investigado, las apelantes presentaron dos patrones de conducta en aquellas zonas donde no obtenían la Buena Pro: (i) participaron ofertando precios por encima del máximo permitido; o, (ii) se abstuvieron de participar en los procesos de selección.

404. En su apelación, Messer señaló que su comportamiento no se ajustaba al patrón hallado por la Comisión, pues participó únicamente en la zona centro en la medida que sabía que no se encontraba en posibilidades de obtener la Buena Pro en otras zonas. La empresa afirmó que de manera excepcional participó en todos los ítems en la segunda convocatoria para la LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001.

405. Tal como fue detallado en la descripción de los procesos convocados por EsSalud en la presente Resolución, se ha identificado que en la primera etapa, las empresas investigadas efectivamente ofertaron precios superiores al máximo permitido en las licitaciones en aquellas zonas donde no obtuvieron típicamente la Buena Pro²⁸⁶.

406. De la información que obra en el expediente, se ha verificado que Messer también realizó ofertas económicas que superaban los valores referenciales permitidos fuera de la zona centro en dos de las convocatorias para la LP 053-IPSS-99 de 2000-2001, mientras que se abstuvo de realizar ofertas fuera de la zona centro en la LP 018-IPSS-98 de 1999, hecho que igualmente fue considerado por la Comisión como un indicio de la presunta existencia de un reparto geográfico de mercado.

²⁸⁶ Ver detalle de ofertas en dichos procesos en los Cuadros N° 3 y 5.
131/236

407. En particular, esta fue la conducta que se observó en todas las denunciadas durante la segunda etapa del periodo investigado, pues estas se abstuvieron de participar en zonas distintas a las que tradicionalmente abastecían.
408. Ciertamente, en la segunda etapa se corroboró que tanto Aga como Messer se abstuvieron de realizar ofertas tanto de tipo técnica como económica fuera de las áreas en que obtenían la Buena Pro. Si bien Praxair realizó ofertas técnicas en zonas fuera de las que típicamente abastecía (Lima y el sur), no realizó ofertas económicas en tales procesos de selección.
409. En consecuencia, la Sala considera que tanto el participar con ofertas por encima del máximo permitido como el abstenerse de participar en licitaciones, fuera de su zona típica de aprovisionamiento, son hechos que se encuentran debidamente probados en el expediente.

III.6.3.4 Abastecimiento fuera del área de influencia o no abastecimiento dentro de toda el área de influencia

410. Otro indicio hallado por la Comisión fue que tanto Aga como Messer obtuvieron la Buena Pro de manera recurrente en zonas que se encontraban fuera de su área de influencia²⁸⁷.
411. Sobre este punto, Messer señaló que no habría contado con un área de influencia hasta mayo de 2001, fecha en la cual su planta de producción de gases inició operaciones²⁸⁸, mientras que antes de dicha fecha adquiría oxígeno de terceros.
412. Asimismo, Messer señaló que la ubicación de las plantas de producción no sería relevante para el abastecimiento de oxígeno líquido. En particular, detalló lo siguiente²⁸⁹:

"En todo caso, considerando que Messer compraba el producto oxígeno líquido a terceros para ser envasados en cilindros en sus estaciones de Lima, Piura, Chimbote y Pisco, la ubicación de la planta es irrelevante para el desarrollo del mercado, debido a que el peso de los fletes sobre los precios de venta del oxígeno líquido no son determinantes para el desarrollo de determinadas zonas de influencias..." (Subrayado agregado)

413. Tal como señaló Messer, los costos de transporte de oxígeno líquido serían menores que los de oxígeno gaseoso. Como se mencionó en el apartado correspondiente a la descripción del mercado, el primero puede comprimirse

²⁸⁷ Ello no se aplicaría a Praxair, en tanto su planta de producción se encontraba ubicada en Pisco y su abastecimiento fue a la zona de Lima y sur, las cuales se encontrarían dentro de su área de influencia.

²⁸⁸ Ver fojas 2171-2173 del expediente.

²⁸⁹ Ver foja 2173 del expediente.

en 790 veces su volumen, mientras que el oxígeno gaseoso debe ser transportado en cilindros cuyo peso representa el 90% del peso total del balón, siendo que el oxígeno en sí mismo solo representa alrededor del 10% del peso. Por ello, la ubicación de la planta adquiere importancia en el abastecimiento de oxígeno gaseoso, pues su transporte es más costoso mientras se recorra una mayor distancia, debiéndose indicar que no sucede lo mismo con el oxígeno líquido.

414. Por tanto, válidamente se puede concluir que el abastecimiento a zonas donde no existen plantas de producción ni plantas de llenado cercanas eleva el precio del oxígeno gaseoso.
415. Así por ejemplo, en la LP 018-IPSS-98 de 1999, el valor de referencia para abastecer a la G.D. Amazonas y a la G.D. San Martín ascendió a S/. 11.80 por metro cúbico (m³) mientras que el precio promedio de abastecimiento a otras zonas del norte ascendió a S/. 5.47 por metro cúbico (m³). Al no existir plantas de producción o de llenado en Amazonas y San Martín, esto demuestra que los precios se ven influenciados por la distancia entre las plantas y el punto a abastecer.
416. Sobre la alegación de Messer referida a que contaba con un área de influencia, se ha podido verificar que si bien en un primer momento esta empresa no contó con una planta de producción en el país, poseía plantas de llenado principalmente en la zona norte y no en la zona centro (área donde abastecía a EsSalud). Asimismo, a partir del año 2001 su planta ubicada en Chimbote entró en operación y, tal como lo señala el estudio de Apoyo presentado por Messer en el marco de su defensa, ello le generó ventajas competitivas por la cercanía de su planta de producción al punto de abastecimiento²⁹⁰.

“En la LP N° 0399L00091 (suministro junio 2004-junio 2005), MESSER intentó ingresar a la zona norte con el abastecimiento de oxígeno gaseoso en las zonas más cercas [cercanas] a su planta (Ancash y La Libertad) y oxígeno líquido en Lambayeque y Piura. Esto tenía sentido en tanto los costos de transporte del oxígeno gaseoso eran más importantes que en el caso del oxígeno líquido; y, además, la planta de MESSER (Chimbote) se encontraba a menor distancia que las plantas de sus competidores (Lima e Ica).” (Subrayado agregado)

417. En tal sentido, contar con una planta de producción cercana a los puntos de abastecimiento como con plantas de llenado, dotaba a Messer de una ventaja comparativa respecto de sus competidores, toda vez que debía incurrir en menos costos de transporte para hacer llegar el oxígeno a los lugares requeridos. Sin embargo, Messer no aprovechó la ventaja que le otorgó contar con plantas de llenado durante todo el periodo investigado o la

²⁹⁰ Opinión Técnica de Apoyo presentada por Messer con fecha 6 de mayo de 2008. (Ver fojas 2399 y 2400).

instalación de su planta de producción desde 2001, sino que esperó hasta el año 2004 para presentar ofertas competitivas en la zona norte²⁹¹.

418. En consecuencia, el comportamiento de Messer se ajusta al patrón identificado por la Comisión. Es decir, la empresa abastecía fuera de su área de influencia que siempre se encontró en el norte (debido a la ubicación de sus plantas de llenado y de su planta de producción a partir de 2001)²⁹². Solo luego del periodo investigado (junio de 2004) incursionó en el norte —su zona de influencia—, donde se hubiese esperado participara realizando ofertas válidas entre 1999 y 2004.
419. En relación con Aga, conforme ha sido reconocido por la propia empresa, el haber contado con plantas de llenado en la zona norte le habría otorgado ventajas competitivas para proveer oxígeno medicinal en dicha zona.
420. De acuerdo con la Comisión, esta empresa habría podido abastecer a Lima, al tratarse de una zona cercana a su planta de producción. Respecto de ello, se ha verificado que, en efecto, a pesar de contar con una planta de producción en el Callao, de poseer clientes medicinales en Lima, y de contar con plantas de llenado en Junín y Arequipa, Aga realizó ofertas válidas únicamente en la zona norte²⁹³.
421. De otro lado, aunque la Comisión no se ha referido dentro de este indicio explícitamente a Praxair, cabe resaltar lo señalado por esta empresa respecto de las áreas de influencia²⁹⁴.

“Como se puede deducir, el área de influencia de un productor está determinada por su red de distribución, la cual está compuesta de cisternas criogénicas para el transporte de oxígeno líquido, plantas de llenado, un stock considerable de cilindros y una flota de camiones de carga para la distribución a los clientes finales.” (Subrayado agregado)

422. Si se considera la definición utilizada por la propia Praxair, esta empresa debió también abastecer con precios competitivos a clientes que se ubicaban en zonas cercanas a su área de influencia, entendiendo por esta última principalmente a aquella donde se ubican las plantas de llenado que conforman su sistema de distribución. Dado que la empresa contaba con

²⁹¹ En particular, en la Opinión Técnica de Apoyo presentada por Messer con fecha 6 de mayo de 2008, dicha consultora señaló lo siguiente: “*Luego de que MESSER perdió el suministro de oxígeno líquido y compartió con Aga el suministro de oxígeno gaseoso (a partir de junio 2005), MESSER decidió reenfocar su mercado en las zonas cercanas a su planta y dejar la zona centro.*” (Ver foja 2400 del expediente).

²⁹² Las plantas de llenado de Messer se ubicaban en Piura, Chimbote, Callao y Pisco, según lo indicado por esta empresa en respuesta a un requerimiento de información de la Comisión. (Ver foja 151 del expediente).

²⁹³ De acuerdo con información remitida por la empresa, esta contaba con plantas de llenado en el Callao, Arequipa, Pisco, Huancayo, Trujillo, Chimbote, Talara, Chiclayo y Piura en el año 1997. (Ver foja 2620 del expediente).

²⁹⁴ Ver foja 1679 del expediente.

plantas de llenado en Lambayeque y Junín, se encontró en capacidad de abastecer a dichas zonas²⁹⁵. No obstante, abasteció a la zona norte y centro recién en el año 2006.

423. En tal sentido, la ubicación de las plantas de producción y de llenado resultaban determinantes para establecer el área de influencia de las empresas; en particular, las plantas de llenado determinaban las áreas de influencia en el caso del oxígeno gaseoso.

424. Por consiguiente, se concluye que constituyen hechos probados que las denunciadas: (i) no abastecieron de oxígeno medicinal a EsSalud dentro de todas las zonas que conformaron sus respectivas áreas de influencia; y/o, (ii) suministraron oxígeno medicinal a EsSalud en puntos ubicados fuera de su área de influencia.

III.6.3.5 La abstención de participar en la LP 0199L00051 de 2001

425. Otro de los indicios encontrados por la Comisión fue que en la LP 0199L00051 de 2001, todas las empresas investigadas se abstuvieron de participar en dicho proceso.

426. Este hecho se encuentra debidamente acreditado y su existencia no ha sido controvertida por las recurrentes.

III.6.3.6 Reducción de precios luego del ingreso de nuevos competidores

427. La Comisión identificó que, durante la segunda etapa, los precios ofertados por las denunciadas en las licitaciones se redujeron a montos menores o iguales al valor de referencia hasta llegar incluso al mínimo permitido (70% del valor de referencia²⁹⁶), mientras que en el caso de las adjudicaciones, los precios fueron inferiores a los valores de referencia de la licitación inmediatamente anterior.

428. Sobre el particular, en el Cuadro N°17 se detalla la información respecto de los precios durante la segunda etapa.

²⁹⁵ Para un mayor detalle de la ubicación de las plantas de llenado, ver Gráfico N°3. Asimismo, ver foja 101 del expediente.

²⁹⁶ Cabe resaltar que la Comisión señaló que los precios fueron menores o iguales al valor de referencia. Si bien Praxair señaló que la primera instancia no habría reconocido que esta empresa ofertó desde la segunda etapa precios iguales al mínimo permitido, esta conclusión no puede desprenderse de la Resolución de Primera Instancia. (Al respecto, ver fojas 4830, y 4837-4838 del expediente).

Cuadro N°17
Valor ofertado por empresas
ganadoras de los procesos
convocados por EsSalud durante
la segunda etapa

Zona	LP 0199L00052	Adjudicaciones* 2003-2004
Norte	100% (Aga)	110% (Gaseoso - Aga) 115% (Líquido - Aga)
Sur	70% (Praxair)	78% (Gaseoso - Praxair)
Centro	100% (Messer)	114% (Gaseoso - Messer) 124% (Líquido - Messer)
Lima	70% (Praxair)	154% (Líquido - Praxair)

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-SDC

* Se compararon los valores de referencia de la LP 0199L00052 de 2002-2003 con los precios en que se ganaron las Adjudicaciones de 2003-2004.

429. Al respecto, Messer manifestó que no habría cumplido con el patrón descrito anteriormente, puesto que sus ofertas fueron por el 100% del valor referencial y no por el 70% como señaló la Comisión.
430. Aga, por su parte, indicó respecto de las Adjudicaciones de 2003-2004 que las empresas realizaron diferentes estrategias de precios en este periodo, lo cual demostraría que no participaron de acuerdo alguno.
431. Sobre lo alegado por Messer, este Colegiado verifica que el indicio detectado por la primera instancia no consistía en que en todos los procesos de selección de la segunda etapa, las denunciadas hubieran presentado ofertas por el 70% del valor referencial, sino que bastaba con que en los hechos se verifiquen ofertas por montos iguales o inferiores al 100% del valor referencial, situación que se cumplió para las tres imputadas, tal como se observa en el Cuadro N°17. En tal sentido, el hecho que las empresas hayan presentado ofertas iguales o cercanas al valor de referencia en la licitación correspondiente a la segunda etapa constituye un hecho probado.
432. En relación con lo alegado por Aga, se observa que, en efecto, no todos los precios en las Adjudicaciones 2003-2004 fueron bajos en relación al valor referencial del proceso de selección inmediato anterior, por lo que no se ha corroborado lo indicado por la primera instancia.
433. Sin embargo, debe tenerse en consideración que la conducta evaluada no consiste en un acuerdo de precios, sino en una práctica colusoria de reparto de mercado. Dentro de cada zona donde las empresas obtuvieron tradicionalmente la Buena Pro, la determinación del precio ofertado dependía

de las condiciones de competencia. Estas condiciones mejoraron cuando nuevas empresas ingresaron a competir en cada zona a partir de la flexibilización de condiciones en las bases. Así, si bien puede observarse un patrón o tendencia en precios que se repite en las denunciantes, esto no implica que todas las empresas presenten cambios idénticos en sus precios.

434. Dado que en la zona sur y Lima existió mayor número de competidores entrantes, Praxair se vio obligada a reducir su precio hasta el mínimo permitido, es decir, al 70% en la LP 0199L00052 de 2002-2003 y al 78% en el caso del oxígeno gaseoso en las Adjudicaciones de 2003-2004. En el caso de Aga y Messer, debido a la ubicación de sus plantas de producción y llenado, cada empresa representaba la principal competencia potencial de la otra. Toda vez que no ingresaron al lugar donde típicamente obtenía la Buena Pro la otra empresa, se encontraron en capacidad de obtener mayores márgenes ubicando sus precios en 100% del valor de referencia.
435. Lo señalado también explicó los precios obtenidos por las empresas en las Adjudicaciones de 2003-2004, comparados con los valores de referencia de la licitación inmediatamente anterior (es decir, la LP 0199L00052 de 2002-2003), especialmente en el caso del oxígeno líquido. Las empresas pudieron gozar de un mayor poder de mercado debido al corto plazo de estas adjudicaciones. Este plazo representaba una importante barrera de entrada pues, a diferencia de las licitaciones, las adjudicaciones implicaban plazos de algunos días o semanas, lo cual imposibilitaba el ingreso de otras empresas y facilitaba la capacidad de las empresas de cobrar precios superiores al 100% del valor de referencia de la licitación inmediatamente anterior.
436. En tal sentido, el que las investigadas hayan realizado ofertas iguales o menores al valor de referencia en las licitaciones ante el ingreso de nuevos competidores durante la segunda etapa constituye un hecho probado, lo cual engloba también la conducta presentada por Messer.
437. No obstante, a diferencia de lo señalado por la Comisión, no se observó que los precios de las Adjudicaciones 2003-2004 tuvieran valores bajos respecto de aquellos observados en la licitación previa.

III.6.3.7 Ingreso a nuevas zonas de aprovisionamiento a partir de 2004

438. La Comisión identificó que desde la LP 0399L00091 de 2004-2005, las imputadas comenzaron a incursionar en nuevas zonas en las cuales no obtuvieron la Buena Pro durante el periodo investigado, tal como se detalla en el Cuadro N°18.

Cuadro N°18
Comparación de empresas ganadoras
antes y después del periodo
investigado – Oxígeno gaseoso

Zona	Ítem	Entidad	Ganadoras Periodo de Investigación	Ganadoras LP0599L00081
Norte	1	R.A.Lambayeque	Aga	Aga, Messer Praxair
	1	R.A. Piura		Aga, Messer Praxair
	1	R.A. Tumbes		Aga, Messer Praxair
	2	R.A. Amazonas		Praxair
	2	R.A. Cajamarca		Praxair
	2	R.A. San Martín		Praxair
	3	R.A. Loreto		Desierto
	4	R.A. Ancash		Aga, Messer Praxair
	4	R.A. La Libertad		Aga, Messer Praxair
Centro	5	R.A. Huánuco	Messer	Aga Praxair
	5	R.A. Junín		Aga Praxair
	5	R.A. Pasco		Aga Praxair
Sur	6	R.A. Apurímac	Praxair	Praxair
	6	R.A. Ayacucho		Praxair
	6	R.A. Huancavelica		Praxair
	6	R.A. Ica		Praxair
	7	R.A. Cusco		Praxair
	7	R.A. Madre de Dios		Praxair
	7	R.A. Juliaca		Praxair
	7	R.A. Puno		Praxair
	8	R.A. Arequipa		Indura, Oxyman Praxair
	8	R.A. Moquegua		Indura, Oxyman Praxair
	8	R.A. Tacna		Indura, Oxyman Praxair

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 1167-2013/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 002-2008/CLC

Lima	9	PADOMI	Praxair	Desierto
	9	SETAE		Desierto
	10	Centro de Hemodiálisis		Praxair
	11	H.N. E. Rebagliati M.		Indura, Praxair Tecnogas
	11	Clínica Angamos		Indura, Praxair Tecnogas
	11	Centro		Indura, Praxair Tecnogas
	11	Cono Sur		Indura, Praxair Tecnogas
	12	H.N. G. Almenara I.		Indura Praxair
	12	Centro		Indura Praxair
	12	Cono Sur		Indura Praxair
	12	Cono Norte		Indura Praxair
	12	H. de Emergencia Grau		Indura Praxair
	13	H.N. A. Sabogal S.		Indura Praxair
	13	Norte Chico		Indura Praxair
	13	Humaya/Sayán/Oyón		Indura Praxair
	13	Cono Sur		Indura Praxair
	13	Cono Norte		Indura Praxair

Fuente: EsSalud
Elaboración: ST-SDC

(VER CUADRO N°19 EN LA PÁGINA SIGUIENTE)

Cuadro N°19
Comparación de empresas ganadoras
antes y después del periodo investigado –
Oxígeno líquido

Zona	Ítem	Entidad	Ganadoras Periodo de Investigación	Ganadoras LP0599L00081
Norte	14	R.A. Piura	Aga	Aga
	14	R.A. Lambayeque		Aga
	15	R.A. La Libertad		Aga
	15	R.A. Ancash		Aga
Centro	16	R.A. Junín	Messer	Aga Praxair
	16	R.A. Huánuco		Aga Praxair
Sur	17	R.A. Arequipa	Praxair	Aga
	18	R.A. Cusco		Aga Praxair
Lima	19	H.N. E. Rebagliati M.	Praxair	Praxair
	20	H.N. A. Sabogal S		Praxair
	21	H.N. G. Almenara I.		Praxair

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-SDC

439. Praxair indicó que no habría cumplido con el patrón encontrado por la Comisión, pues fue recién a partir de las Adjudicaciones de 2005-2006 que inició su abastecimiento en zonas diferentes de las típicas (Lima y el sur) y ello se hizo más evidente desde la LP 0599L00081 de 2006-2007.
440. Sobre el particular, la Sala considera que el hecho de que Praxair hubiera incursionado en zonas distintas a las que tradicionalmente abastecía durante el periodo investigado luego de que este comportamiento fuera adoptado por Aga y Messer, no implica que no haya cumplido con el patrón identificado por la Comisión. Si bien el cambio de Praxair no se produjo de manera simultánea con las otras dos denunciadas, sí lo hizo en el periodo inmediatamente posterior. Del mismo modo, la Comisión identificó los siguientes procesos de selección como competitivos, pues a partir de todos ellos se comenzaron a identificar cambios, tal como se detalla a continuación²⁹⁷:

“El comportamiento de las empresas investigadas se modificó en la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004), las Adjudicaciones de junio de 2005 y la Licitación Pública 0599L00081 (noviembre, 2005), pues en estos procesos de selección comenzaron a participar competitivamente y a ganar con ofertas cercanas al 70% del valor

referencial en zonas distintas a aquellas en las que tradicionalmente habían venido ganando.”.

441. En tal sentido, está acreditado que las empresas empezaron a incursionar en nuevas zonas de aprovisionamiento a partir de la LP 0399L00091 de 2004-2005, mediante la presentación de ofertas económicas válidas (entre el 70% y el 110% del valor de referencia, de acuerdo con lo estipulado en las bases) y la obtención de la Buena Pro en zonas diferentes a aquellas en las que típicamente abastecieron durante el periodo investigado.

III.6.3.8 Capacidad de abastecer individualmente toda la demanda de EsSalud

442. De acuerdo con las denunciadas, la Comisión consideró como un indicio de la práctica colusoria de reparto de mercado el hecho de que estas se hayan encontrado en capacidad de satisfacer la totalidad de la demanda de oxígeno medicinal de EsSalud durante el periodo investigado y, que a pesar de ello, se abstuvieran de realizar ofertas competitivas a nivel nacional.
443. Las recurrentes señalaron que ello no calificaría como un indicio, pues este último debe ser un hecho debidamente probado y la Comisión no cumplió con sustentar su afirmación. Al respecto, precisaron que no solo se debe evaluar la capacidad de abastecer de manera individual a toda la demanda de EsSalud, sino también la capacidad de hacerlo rentablemente.
444. De la revisión del expediente, se aprecia que si bien en la resolución que dio inicio al presente procedimiento administrativo, la capacidad de las empresas de abastecer todo el mercado de EsSalud fue considerada como un indicio, posteriormente, en su pronunciamiento final, la Comisión no lo calificó como tal. Por el contrario, dicha capacidad fue evaluada como una de las explicaciones alternativas brindadas por las denunciadas ante la hipótesis de la realización de una práctica concertada de reparto de mercado.
445. Utilizando la metodología denominada *event-analysis*, la primera instancia concluyó que dado que las recurrentes incursionaron a partir de junio de 2004 en zonas diferentes de las que típicamente abastecieron durante el periodo investigado, se demostró que estas siempre pudieron incursionar en otras zonas y que su capacidad productiva disponible no era un impedimento para hacerlo. Del mismo modo, contempló la posibilidad de que estas no siempre se hayan encontrado en capacidad de abastecer a todo el mercado. En particular, la Comisión indicó lo siguiente²⁹⁸:

“...cabe recordar que la configuración de una práctica restrictiva de la competencia no requiere que cada uno de los agentes económicos involucrados sea capaz de abastecer todo el mercado sino que basta con que se verifique el sometimiento de la

²⁹⁸ Ver foja 4849 del expediente.

voluntad individual a la del colectivo, con el objetivo de obtener un beneficio extraordinario que no sería posible sin el acuerdo entre ellos. De lo contrario, se podría llegar al absurdo de suponer que sólo es posible realizar una práctica restrictiva de la competencia en mercados en los que todos los agentes económicos son capaces de abastecer todo el mercado.”

446. Por tal motivo, este Colegiado concuerda con la Comisión en la Resolución de Primera Instancia y no considera la capacidad de abastecer a toda la demanda de EsSalud como un indicio, pues no se trata de un hecho plenamente acreditado, sino que se ha llegado a dicha conclusión a través de un análisis lógico deductivo. Asimismo, la Sala coincide con la Comisión en que no es necesario que se pruebe que las empresas se encontraron en capacidad de abastecer al mercado en su totalidad para que se configure un acuerdo de reparto de mercado.

447. En todo caso, la capacidad de las empresas de abastecer rentablemente a otras zonas será analizada, junto con otras hipótesis planteadas por las apelantes, en el apartado III.6.4.

III.6.3.9 Evaluación conjunta de los hechos acreditados en el expediente

448. A criterio de la Comisión, los hechos descritos en los apartados precedentes se encuentran debidamente acreditados y constituyen indicios que, al ser evaluados en su conjunto, permiten concluir que la conducta de las empresas investigadas solo encuentra explicación en la existencia de una práctica colusoria de reparto de mercado. Para arribar a dicha conclusión, la primera instancia descartó las hipótesis alternativas planteadas por las recurrentes para justificar su conducta durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004.

449. La Sala considera que durante el procedimiento se han constatado los siguientes hechos:

- (i) Las empresas suministraron oxígeno medicinal en una misma zona, de manera que durante el periodo investigado, Aga obtuvo la Buena Pro en los procesos de selección convocados por Essalud en la zona norte, Messer en la zona centro y Praxair en la zona sur y Lima.
- (ii) Durante la primera etapa, las investigadas presentaron ofertas ganadoras cercanas al máximo permitido (110% del valor de referencia) en las zonas donde obtuvieron la Buena Pro.
- (iii) Aga, Messer y Praxair presentaron ofertas por encima del máximo permitido fuera de las zonas geográficas donde típicamente obtenían la Buena Pro o, se abstenían de participar en los procesos de selección en

estas zonas. La primera conducta se presentó mayoritariamente en la primera etapa, mientras que la última se configuró en la segunda etapa.

- (iv) La zona de abastecimiento en la que Messer obtuvo la Buena Pro en este periodo se encontraba fuera de su área de influencia. En los casos de Aga y Praxair, se verificó que estas empresas no abastecieron en todas las zonas donde contaban con plantas de producción o de llenado.
 - (v) Las tres empresas imputadas se abstuvieron de participar en la LP 0199L00051 de 2001.
 - (vi) Los precios se redujeron luego del ingreso de nuevos competidores durante la segunda etapa, de manera que los montos adjudicados en las licitaciones fueron menores o iguales al valor de referencia hasta llegar incluso al mínimo permitido, es decir, al 70% de dicho valor.
 - (vii) Las empresas ingresaron a nuevas zonas de aprovisionamiento a partir de la LP 0399L00091 de 2004-2005.
450. En dicho contexto, se estima que en un escenario en el cual el mercado investigado presentaba características que facilitaban la colusión, los hechos antes descritos analizados en su conjunto, constituyen indicios que permiten presumir la existencia de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de reparto de mercado en los procesos de selección convocados por Essalud para la adquisición de oxígeno medicinal durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004.
451. Estos hechos no solo son considerados por la Comisión o la Sala como indicadores de una conducta colusoria. En efecto, este Colegiado ha identificado una serie de documentos elaborados por autoridades de competencia y agencias internacionales que dan cuenta de que las conductas observadas en el presente caso son las que típicamente llevan a concluir que se ha configurado una práctica restrictiva de la competencia en el marco de procesos de contratación pública.
452. En relación con realizar ofertas por encima del máximo permitido en un proceso de selección, de acuerdo con los lineamientos de prácticas colusorias en licitaciones públicas del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (en adelante, USDOJ²⁹⁹) esta conducta representa un indicio de colusión:

“Las ofertas complementarias (también conocidas como ofertas ‘simbólicas’ o ‘de cortesía’) tienen lugar cuando algunos competidores acuerdan presentar ofertas que,

²⁹⁹ USDOJ. *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, 2006. Op. cit. Pg.2
143/236

*o bien son muy altas para ser aceptadas, o incluyen términos especiales que no serán aceptados por el comprador. Estas ofertas no se realizan para garantizar la aceptación del comprador, sino que están diseñadas simplemente para aparentar la existencia de ofertas competitivas. Los esquemas de ofertas complementarias representan la forma más recurrente de colusión en licitaciones públicas y se engaña a los compradores al crear la apariencia de competencia para ocultar precios artificialmente elevados.*³⁰⁰ (Subrayado agregado)

453. De otro lado, no solo el realizar ofertas complementarias, sino también el abstenerse de participar en licitaciones o concursos públicos son reconocidos como formas de operación de un cartel. En tal sentido, la OECD refiere que entre los patrones que no corresponderían a un mercado competitivo y que, por tanto, podrían permitir identificar un cartel, se encuentra el siguiente³⁰¹:

“Los proveedores usuales no presentan ofertas en un concurso de adquisición en el que normalmente se esperaría que participaran, pero han seguido presentando ofertas en otros concursos.”

454. Este patrón es también reconocido por la Fiscalía Nacional Económica de Chile, la cual señala que un acuerdo puede tener la siguiente manifestación:

“No presentación de posturas por uno o más de los postulantes.

*Esto puede darse, por ejemplo, a nivel regional o por organización: cada postulante acuerda presentar propuestas sólo en ciertas áreas geográficas o sólo en ciertas organizaciones.”*³⁰²

455. Por otro lado, en los lineamientos elaborados por la Generalitat de Catalunya se reconoce la reducción de precios a partir del ingreso de nuevas empresas como un comportamiento adicional que constituiría un indicio de la existencia de un cartel³⁰³.

456. A pesar de que la mayoría de los hechos identificados por la Comisión constituyen típicos indicios de una práctica colusoria, como paso previo para arribar a conclusiones respecto de la existencia o no de un cartel, corresponde evaluar, tal como lo hizo la primera instancia, cada uno de los contra indicios propuestos por las apelantes. De esta manera, la Sala

³⁰⁰ Traducción libre de: “Complementary bidding (also known as “cover” or “courtesy” bidding) occurs when some competitors agree to submit bids that either are too high to be accepted or contain special terms that will not be acceptable to the buyer. Such bids are not intended to secure the buyer’s acceptance, but are merely designed to give the appearance of genuine competitive bidding. Complementary bidding schemes are the most frequently occurring forms of bid rigging, and they defraud purchasers by creating the appearance of competition to conceal secretly inflated prices.”

³⁰¹ OECD. “Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas”. Op. Cit. Pg. 15.

³⁰² Fiscalía Nacional Económica. *Compras Públicas y Libre Competencia*. Op. Cit. Pg. 12.

³⁰³ Generalitat de Catalunya. Op. Cit. Pg. 26.

verificará si se corrobora o se rebate la hipótesis de la colusión planteada en la Resolución de Primera Instancia.

III.6.4 Hipótesis alternativas planteadas por las empresas investigadas

457. De acuerdo con la Comisión, se habría demostrado que el comportamiento de las denunciadas habría respondido a una práctica colusoria, luego de haber descartado todas las hipótesis alternativas presentadas por las recurrentes en primera instancia.
458. No obstante, las denunciadas señalaron que la Comisión no habría evaluado debidamente todas las hipótesis que sustentan su defensa y que el análisis de la primera instancia adolecería de serios fallos, principalmente, en tanto no se habría comprendido a cabalidad el funcionamiento del mercado medicinal.
459. De la revisión del expediente se aprecia que las hipótesis alternativas planteadas por las empresas y descartadas por la Comisión son las siguientes: (i) la incapacidad de haber abastecido rentablemente otros mercados en el periodo investigado, (ii) la experiencia de las empresas definió el reparto geográfico, (iii) las barreras de entrada por las condiciones establecidas en las bases justificaron el comportamiento observado durante el periodo investigado, (iv) los cambios en el funcionamiento propio de empresas las llevaron a incursionar en zonas distintas, (v) los altos costos involucrados en requerimiento de LP 0199L00051 de 2001 generaron la abstención de las investigadas, y (vi) la auto descalificación constituyó una estrategia de señalización para que EsSalud modifique los valores referenciales.
460. Asimismo, Messer presentó como medio probatorio un informe de economía experimental elaborado por Apoyo. Mediante el referido estudio, la empresa pretende explicar que durante el periodo investigado su comportamiento obedeció a una conducta competitiva y no a una actuación concertada.
461. A continuación, se analizará cada uno de los puntos señalados por las denunciadas, por los que, a su parecer, existirían explicaciones alternativas a la colusión que justificaron los hechos considerados como indicios. Esta evaluación permitirá determinar si correspondía descartar las hipótesis alternativas planteadas por las apelantes o si, por el contrario, existió alguna hipótesis que explicaría los hechos identificados durante el periodo investigado y rebatiría la presunción de una conducta colusoria.

III.6.4.1 Cuestión previa: el uso de la metodología de *event-analysis*

462. Antes de evaluar las hipótesis alternativas a las que aluden las apelantes, se considera relevante analizar la metodología del *event-analysis* —metodología utilizada por la Comisión en la Resolución de Primera Instancia— y determinar si esta habría sido aplicada de manera correcta.
463. El *event-analysis* es normalmente utilizado para evaluar la manera en que un evento exógeno afecta la valoración de una empresa. En el derecho de la competencia dicha metodología ha sido aplicada para verificar cómo se afectaría el mercado ante un escenario de concentración económica³⁰⁴.
464. De acuerdo con Praxair, el uso de esta metodología para el caso en particular no sería aplicable, pues únicamente ha sido utilizada para evaluar los efectos de concentraciones en el mercado. Asimismo, agregó que dado que esta metodología fue considerada por la Comisión para evaluar los indicios y se basó en probabilidades, no podría ser utilizada para probar una infracción.
465. Respecto de dicha afirmación, la Sala considera que si bien debe tenerse certeza sobre los hechos que constituyen los indicios, se parte de una deducción lógica que lleva al hecho que quiere probarse a partir del conjunto de indicios. En este caso, la primera instancia ha utilizado el *event-analysis* para llegar a conclusiones a partir de los hechos observados, por lo que esta metodología no ha sido utilizada para identificar indicios, sino más bien para realizar deducciones lógicas a partir de hechos probados, por lo que este punto señalado por Praxair debe desestimarse.
466. Adicionalmente, el hecho de que la referida metodología haya sido utilizada para procesos de concentraciones, no implica que esta no pueda ser extrapolada a la evaluación de otras situaciones en las que exista un evento exógeno a partir del cual se revele el comportamiento de las empresas en el mercado.
467. Por consiguiente, es posible el uso del *event-analysis* como una herramienta adicional que facilite la evaluación del nexo causal entre los indicios y la conducta que se pretende acreditar, puesto que se revelaría el comportamiento de las empresas durante el periodo investigado a partir de un hecho exógeno como fue el cambio en las bases de los procesos de selección convocados por EsSalud.

³⁰⁴

Para un mayor detalle sobre el uso del *event-analysis* en procesos de concentración, ver: DUSO, Tomaso; GUGLER, Klaus; YURTOGLU, Burcin. “Is the event study methodology useful for merger analysis? A comparison of stock market and accounting data”. Disponible en: http://www.wu.ac.at/iqv/mitarbeiter/gugler/dgy_irlr.pdf (Consultado el 20 de mayo de 2013).

468. Por otro lado, Praxair alegó que el cambio en las bases no representaría un evento exógeno, por lo que no podría ser analizado bajo la perspectiva del *event-analysis*, puesto que dicha entidad realizó los cambios con el objetivo de beneficiarse con menores precios. Sin embargo, se considera que la Comisión calificó correctamente dicho evento como uno de carácter exógeno, pues pese a que tal cambio efectivamente obedeció al propósito de EsSalud de mejorar las condiciones en las que adquiriría el oxígeno, ello no impide afirmar que se trataba de un evento fuera del control de las denunciadas. A partir del comportamiento de las imputadas frente al evento exógeno, la primera instancia llegó a conclusiones respecto de las condiciones existentes en el mercado durante el periodo investigado³⁰⁵.
469. Dado que se ha determinado que no existen razones por las que no pueda aplicarse la metodología de *event-analysis* y que el cambio en las bases califica como un evento exógeno, corresponde desestimar el cuestionamiento al respecto y evaluar las hipótesis alternativas a la colusión planteadas por las empresas.

III.6.4.2 Incapacidad de haber abastecido rentablemente otros mercados durante el periodo investigado

470. Las apelantes indicaron que, contrariamente a lo señalado por la Comisión, no contaron con capacidad para abastecer el íntegro de la demanda de EsSalud durante todo el periodo investigado.
471. En particular, Messer señaló que en la primera etapa no poseía una planta de producción, por lo que únicamente podía abastecer a un mercado que demande un volumen similar al requerido por la Gerencia Departamental (en adelante, G.D.) de Lima, a la cual había atendido antes del periodo investigado³⁰⁶. Asimismo, alegó que dado que desde la primera licitación del periodo investigado Aga contaba con la ventaja competitiva de haber abastecido al norte y Praxair al sur y a Lima, no le fue posible competir con estas empresas en dichas zonas.
472. Por su parte, Praxair indicó que la disponibilidad de oxígeno medicinal dependía de la demanda de oxígeno industrial. Asimismo, agregó que si bien

³⁰⁵ En particular, a partir del *event-analysis*, la Comisión concluyó que los precios durante la primera etapa pudieron ser menores, al observar una reducción significativa de los mismos durante la segunda etapa. Asimismo, la primera instancia identificó que el haber abastecido en otras zonas luego del periodo investigado implicó que las investigadas siempre se encontraron en capacidad de abastecer a otras zonas.

³⁰⁶ Cabe indicar que Messer señaló que hasta antes de 1999, tenía como cliente a EsSalud y abastecía alrededor de 180,000 m³ por año a la G.D. de Lima. No obstante, a partir de la LP 018-IPSS-98 de 1999 los requerimientos de EsSalud cambiaron incluyendo en un solo ítem todo el volumen requerido para abastecer a Lima. No obstante ello, Messer únicamente habría tenido disponible un volumen similar al de años anteriores para abastecer los requerimientos de EsSalud, sin tener que sacrificar a sus otros clientes. Ello fue indicado por Messer desde el inicio de la investigación y reiterado en sus posteriores escritos. (Ver foja 2206 del expediente).

en algún periodo podría haber contado con capacidad para atender la totalidad de requerimientos de EsSalud³⁰⁷, uno de los factores que habría impedido su incursión en otras zonas eran los costos involucrados en el abastecimiento³⁰⁸.

473. Adicionalmente, las apelantes manifestaron que otro factor que se tenía que considerar era la exigencia de abastecimiento inmediato luego de la firma del contrato, condición que fue cambiada por la entidad convocante recién a partir de la LP 0399L00091 de 2004-2005³⁰⁹.
474. En relación al oxígeno líquido, a decir de las recurrentes su provisión resultaría sumamente costosa³¹⁰. Así, alegaron que los costos hundidos y las altas inversiones específicas involucradas en su abastecimiento habrían generado una ventaja competitiva de la empresa incumbente, es decir, de quien obtuvo la Buena Pro en cada zona a partir de la LP 018-IPSS-98 de 1999, pues tendría los incentivos para mantenerse en dicha zona para recuperar su inversión. Según las empresas investigadas, aquellos costos habrían sido el principal impedimento para ingresar a otras zonas, a los cuales se les debe añadir las condiciones particulares solicitadas por EsSalud en las bases; y, el hecho de que el abastecimiento de oxígeno líquido y gaseoso se exigía de manera conjunta durante la primera etapa.
475. Al respecto, corresponde evaluar si las denunciadas se encontraron en capacidad de abastecer de manera rentable tanto de oxígeno gaseoso como de oxígeno líquido, los cuales, como se mencionó en el apartado descriptivo, tienen costos asociados diferentes.
476. En primer lugar, se evaluará si los costos involucrados en el abastecimiento de oxígeno gaseoso habrían impedido a Praxair, Aga y Messer proveer a zonas distintas a aquellas en las típicamente obtuvieron la Buena Pro durante el periodo investigado.

³⁰⁷ Praxair señaló que si bien contaba con una capacidad instalada en uso menor al 70% durante los años 1999 y 2000, ello no implicaba que pudiera abastecer de manera rentable a EsSalud.

³⁰⁸ Entre los costos de abastecimiento se tiene al transporte a través de un camión cisterna y a aquellos asociados a las obras de instalación del tanque en el centro de salud. Asimismo, como se mencionó previamente, existían costos adicionales tales como el mantenimiento y/o instalación de tuberías dentro de cada hospital. No obstante, estos no implicarían la disposición de mayor capital, pues las empresas no han brindado detalles de los costos por cada hospital en el cual tuvieron que realizar este tipo de instalaciones.

³⁰⁹ Cabe resaltar que este punto será tratado con mayor detalle posteriormente, en el apartado III.6.4.4, correspondiente a la evaluación de la hipótesis referente a barreras de entrada.

³¹⁰ Así por ejemplo, Aga, a través del informe del CIUP, señaló que sus tanques criogénicos poseen un costo de entre US\$ 35,000 a US\$ 100,000, dependiendo de su capacidad de almacenamiento y que si bien la vida útil de estos tanques era de 16 años, si se descontaba el costo de oportunidad, el riesgo país, el riesgo de licitación, entre otros, la tasa de descuento podía ascender al 25% del valor del activo, costos que sumados, dificultarían el abastecimiento fuera del área de influencia. (Ver foja 2013 del expediente).

477. De acuerdo con lo alegado por las propias recurrentes, estas se encontraron en capacidad de cubrir la demanda de EsSalud en aquellas zonas donde poseían plantas de llenado, pues contaban con la logística necesaria para el aprovisionamiento³¹¹.
478. En tal sentido, las investigadas señalaron que la instalación de una planta de llenado en zonas cercanas a los puntos de abastecimiento generaba ventajas competitivas. A su vez, se precisó que la instalación de una de estas plantas implicaría fuertes inversiones que se encontrarían alrededor de los US\$ 350,000, según lo indicado por Praxair³¹².
479. Según manifestaron las apelantes, el hecho de contar con plantas de llenado sería justamente aquello que las dotaría de toda la logística necesaria para transportar el oxígeno líquido desde la planta de producción, gasificarlo, envasarlo, y transportarlo a su destino final. Dicha logística incluiría cilindros, sistema de transporte de cilindros, y personal calificado en el manejo de gases medicinales. Por tanto, tal como señaló Aga³¹³, no solo es relevante considerar la ubicación de la planta de producción para determinar la facilidad o ventaja de una empresa de abastecer a determinadas zonas, sino que también es necesario evaluar la ubicación de las plantas de llenado, donde el oxígeno líquido es convertido en gaseoso.
480. A continuación, se describirá la ubicación de las plantas de producción y llenado de las empresas imputadas, con el objetivo de evaluar su capacidad logística y ver así si es que efectivamente estas podían abastecer a zonas distintas a las que atendieron durante el periodo investigado.
481. En el caso de Aga, esta empresa contaba con plantas de llenado en Lima, Arequipa y Huancayo, además de sus plantas de llenado en la zona norte³¹⁴, zona en la cual obtuvo la Buena Pro durante el periodo investigado, conforme se aprecia del Gráfico N° 2.

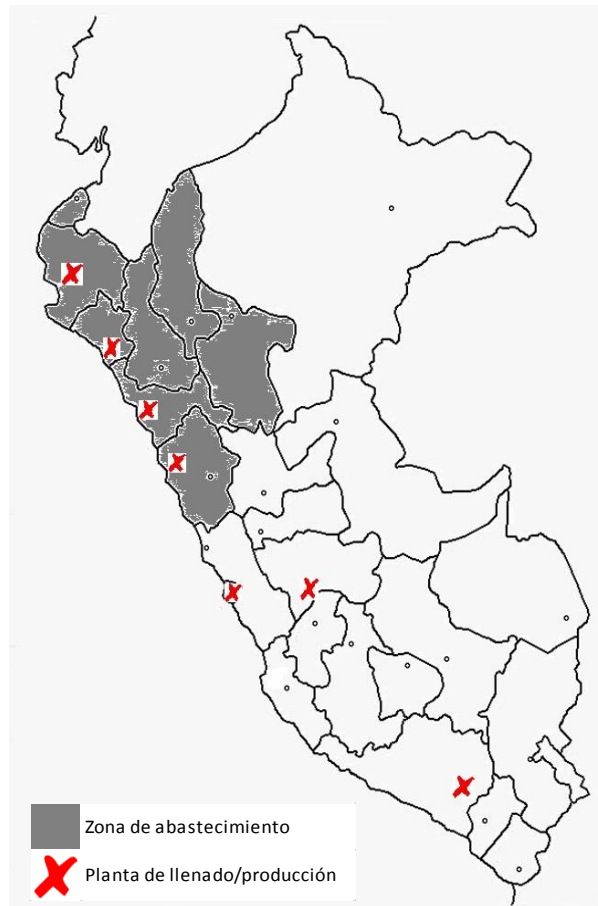
³¹¹ Al respecto, ver fojas 4917-4918 (Messer), 5043-5044 (Praxair); y, 5104 (Aga) del expediente.

³¹² Ver foja 1680 del expediente.

³¹³ Ver foja 2016 del expediente

³¹⁴ Si bien Aga contaba con una estación de llenado en Pisco, esta no ha sido considerada pues de acuerdo con lo señalado por la empresa, esta planta no se dirigía al mercado medicinal al no contar con el certificado BPM. Asimismo, tampoco se ha considerado la estación de llenado ubicada en Talara, puesto que, de acuerdo con lo indicado por la empresa, esta fue clausurada en 1999.

Gráfico N° 2
Ubicación de plantas de llenado de
Aga y lugares donde obtuvo la Buena
Pro*



Fuente: AGA

Elaboración: ST-SDC

*El abastecimiento a San Martín se realizó a través de adjudicaciones, pues dicha región no fue incluida en las licitaciones públicas desde la segunda convocatoria de la LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001.

482. Aga justificó su ubicación en el norte al ser la zona a la que dedicaba en mayor medida sus recursos y donde contaba con experiencia en el abastecimiento a EsSalud. En particular, señaló que su capacidad en dicha zona (40%) sería dos veces superior a la capacidad en otras provincias (20%). No obstante, tal como se puede observar en el Cuadro N°20, se ha podido corroborar que en Lima, Aga contaba en sus estaciones de llenado con una capacidad instalada similar a la del norte.

Cuadro N°20
Participación de capacidad instalada de
estaciones de llenado de Aga por zonas³¹⁵

	Capacidad máxima instalada Industrial	Capacidad máxima instalada Medicinal
Participación Norte	40%	49%
Participación Lima	40%	43%
Participación Centro-Sur	20%	8%

Fuente: AGA

Elaboración: ST-SDC

483. Incluso, bajo el hipotético supuesto de que Aga no hubiese tenido capacidad de abastecer a otras zonas fuera del norte por las condiciones de las bases de EsSalud durante la primera etapa³¹⁶, no se ha encontrado una explicación de por qué la empresa no realizó ofertas económicas válidas durante 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, había hundido costos y contaba con experiencia previa³¹⁷.
484. Por tanto, esta Sala concluye que en el caso de Aga el comportamiento presentado no habría sido consistente con su política de intentar ingresar a la mayor cantidad de regiones³¹⁸. Incluso ante la flexibilización de las condiciones de las bases en la segunda etapa y ante la capacidad real de abastecer a EsSalud fuera de la zona norte, Aga se abstuvo de presentar propuestas en otras zonas, de manera que su comportamiento resultó contrario a una lógica de maximización de beneficios.
485. Por otro lado, en el caso de Praxair, se ha podido corroborar que además de las plantas de llenado en su zona típica de abastecimiento durante el periodo investigado (Lima y la zona sur), la empresa poseía este tipo de estaciones en Chiclayo, Huancayo, La Oroya y Pucallpa, según se detalla en el Gráfico N° 3.

³¹⁵ Según información detallada por Aga. (Ver foja 2545 del expediente).

³¹⁶ Aga afirmó que si bien poseía capacidad para abastecer a zonas como Lima durante la primera etapa no lo hizo por las exigencias planteadas por EsSalud, por lo que decidió enfocarse en clientes como el MINSA o clínicas en dicha zona. (Ver foja 1839 del expediente).

³¹⁷ Esta Sala ha podido corroborar a partir de la revisión del expediente, que los únicos contratos con clientes medicinales públicos en el norte fueron celebrados con EsSalud, mientras que el resto de contratos se celebraron con instituciones ubicadas en Lima, Puno y Junín.

³¹⁸ En efecto, Aga señaló lo siguiente: “...es la vocación comercial de la empresa: participar en todos los concursos posibles, en todas las regiones geográficas posibles, en los mejores términos posibles.” (Ver foja 1834 del expediente).

Gráfico N° 3
Ubicación de plantas de llenado de
Praxair y lugares donde obtuvo la
Buena Pro



Fuente: Praxair

Elaboración: ST-SDC

*El abastecimiento a Tacna se realizó a través de adjudicaciones, pues dicha región no fue incluida en las licitaciones públicas desde la segunda convocatoria de la LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001. Asimismo, durante la segunda etapa evaluada Praxair obtuvo la Buena Pro para la región de Huancavelica.

486. Asimismo, se verificó que entre los años 1999 y 2004, Praxair contó con capacidad disponible para abastecer tanto a la zona centro como a la zona norte, considerando la información detallada por la propia empresa, tal como se muestra en el Cuadro N°21.

Cuadro N°21
Capacidad disponible y
requerimientos norte y centro –
Praxair*
(Expresada en m³ por mes)

Año	Capacidad disponible	Capacidad requerida centro	Capacidad requerida norte
1999	1,298,556	8,312	20,497
2000	979,556	7,074	24,119
2001	489,778	15,188	28,878
2002	341,556	11,224	33,080
2003	241,667	5,091	22,061
2004	212,667	10,536	42,456

Fuente: Praxair, EsSalud

Elaboración: ST-SDC

* Se consideró la capacidad instalada de 145 TPD. Asimismo, se consideró un mes de 30 días, un factor de conversión de 1.35 kg/m³ (ver foja 1519 del expediente), y dado que en la mayor parte de los casos los procesos de selección abarcaban partes de años calendario, se consideró un promedio entre dichos procesos.

487. Sobre este punto, Praxair indicó que durante el periodo investigado la mayor parte de sus ventas fueron destinadas a Lima y a la zona sur³¹⁹ debido a que no le resultaba rentable abastecer a EsSalud en otras zonas considerando los costos involucrados en el aprovisionamiento.
488. Sin embargo, tal como se evaluará con mayor detalle en apartados posteriores, la empresa justificó su incursión en nuevas zonas únicamente en el incremento de su capacidad disponible, variable que no podría ser determinante para esta decisión pues como se desprende del Cuadro N°21, Praxair contaba con la capacidad disponible suficiente para abastecer a otras zonas. Al presentar las razones de su expansión fuera de Lima y el sur, Praxair no indicó que se haya producido una reducción en costos de abastecimiento de oxígeno.
489. A criterio de este Colegiado, la empresa ha presentado argumentos contradictorios para los siguientes puntos: (i) justificar el hecho de haberse abstenido de participar en las zonas centro y norte durante el periodo investigado; y, (ii) justificar su posterior incursión en dichas zonas.
490. Por un lado, Praxair señaló que la falta de recursos logísticos fuera de Lima y el sur le impidieron abastecer a otras zonas durante el periodo investigado, y

³¹⁹ Este argumento sostenido por la empresa será evaluado en el apartado III.6.5.2

por otro, indicó que su incursión en el centro y el norte se debió a la ampliación en su disponibilidad de oxígeno. No obstante, se ha determinado que siempre contó con la capacidad disponible requerida y no demostró que la limitación referida a los costos de abastecimiento fuera de Lima y el sur hubiera sufrido algún cambio.

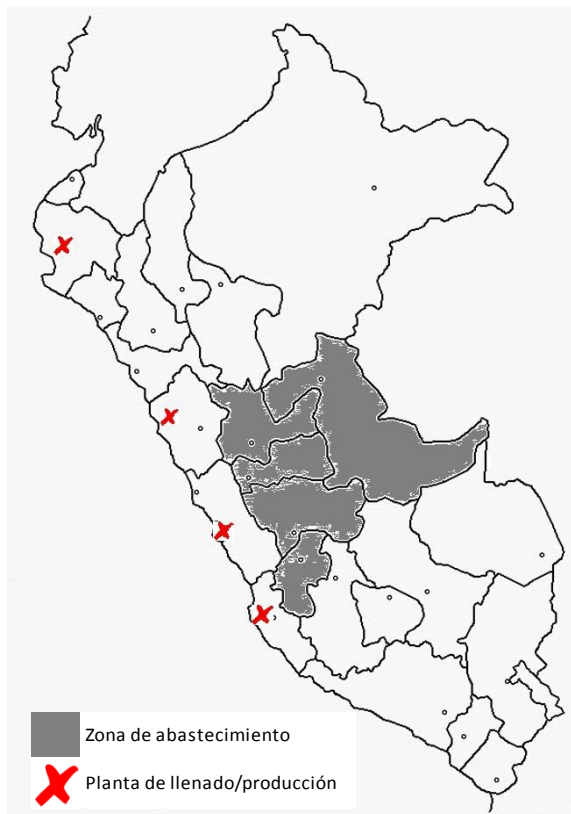
491. Por consiguiente, al haberse acreditado que Praxair tenía capacidad disponible para abastecer la demanda de las zonas norte y centro y contaba con plantas de llenado en dichas zonas, se coincide con la Comisión en que Praxair siempre se encontró en capacidad de abastecer rentablemente de oxígeno gaseoso a otras zonas del país.
492. En relación con Messer, se observa que esta empresa no contaba con estación de llenado alguna en la zona centro³²⁰ en la cual participaba, e incluso mantuvo el aprovisionamiento en esta última cuando se separaron las licitaciones correspondientes a oxígeno líquido y gaseoso a partir de la segunda etapa evaluada.

(VER GRÁFICO EN LA PÁGINA SIGUIENTE)

³²⁰

Aunque Aga indicó que Messer contaría con una planta de llenado en la zona centro, ello no fue indicado por Messer en el requerimiento de información realizado a dicha empresa.

Gráfico N° 4
Ubicación de plantas de llenado de
Messer³²¹ y lugares donde obtuvo la
Buena Pro*



Fuente: Messer

Elaboración: ST-SDD

*El abastecimiento a Ucayali y Huancavelica fue únicamente durante la primera etapa. En la segunda etapa Huancavelica fue abastecida por Praxair. La región de Ucayali adquirió oxígeno a partir de adjudicaciones, luego de que esta no fuera incluida a partir de la segunda convocatoria de la LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001.

493. Debido a la ubicación de sus plantas de llenado, no se justificaría que Messer participara únicamente en la zona centro, considerando lo siguiente: (i) la empresa contaba con plantas de llenado en la zona norte, en la zona sur y en Lima y, (ii) Aga y Praxair contaban con plantas de llenado en la zona centro, por lo que potencialmente podían abastecer a dicha zona al contar con la logística necesaria.

³²¹

Cabe resaltar que no se identificaron plantas de llenado ubicadas en la zona centro y únicamente contaba con una división de ventas en Huancayo, de acuerdo con la absolución del cuestionario remitida por la empresa con fecha 12 de mayo de 2006. (Ver foja 151 y 169 del expediente).

494. Incluso bajo el supuesto negado de que existían significativas ventajas competitivas por parte de las productoras de oxígeno que hubiesen impedido que Messer participara en otras zonas, la Sala no encuentra explicación para que tanto Aga como Praxair hayan permitido que sea Messer la única empresa en presentar ofertas válidas en la zona centro, más aún cuando aquellas eran quienes la abastecían de oxígeno hasta mayo de 2001 y contaban con la ventaja de poseer plantas de llenado en dicha zona.
495. En relación con la abstención de Messer de realizar ofertas en Lima durante la primera etapa, dicha empresa señaló que su decisión se debió a que no poseía una planta de producción propia, por lo que únicamente pudo reasignar el volumen que había liberado del abastecimiento previo a la G.D. de Lima³²², el cual era significativamente inferior al requerido en la primera licitación en el ítem Lima.
496. No obstante, se advierte que Messer se encontró en capacidad de adquirir oxígeno tanto de Aga como de Praxair o de Indura³²³, toda vez que en realidad sus restricciones estaban definidas por las capacidades de estas empresas y no por las compras de oxígeno realizadas a dichas empresas en anteriores oportunidades.
497. Asimismo, resulta cuestionable que Messer afirmara que su abastecimiento en la zona norte no iba a ser rentable³²⁴, sin considerar la ventaja que representaba tener plantas de llenado en el norte. Más aún, cuando a través del informe de Apoyo³²⁵ presentado en el marco de su defensa, Messer indicó que el contar con estaciones de llenado en zonas cercanas a los puntos de abastecimiento generaba ventajas sobre otros competidores³²⁶.
498. Por otro lado, una vez que la planta de Messer entró en operación, esta empresa señaló que no habría incursionado en otros mercados debido a que su estrategia fue la de mantener sus ventas sacrificando su expansión, pues

³²² Ver pie de página 306.

³²³ Cabe resaltar que esta empresa aún contaba con una planta de producción ubicada en Lurín, mientras la planta de producción de Messer no se encontraba operando y, posteriormente, dicha planta fue reexportada a Chile, por lo que Indura dejó de producir oxígeno. (Ver foja 394 del expediente).

³²⁴ Ver foja 2382 del expediente.

³²⁵ En particular, Apoyo señaló lo siguiente: *"En la LP N°0399L00091 (suministro junio 2004-junio 2005), MESSER intentó ingresar a la zona norte con el abastecimiento de oxígeno gaseoso en las zonas más cercas a su planta (Ancash y La Libertad) (...) Esto tenía sentido en tanto los costos de transporte del oxígeno gaseoso eran más importantes que en el caso del oxígeno líquido; y, además, la planta de MESSER (en Chimbote) se encontraba a menor distancia que las plantas de sus competidores (Lima e Ica)."* (Ver foja 2399-2400 del expediente).

³²⁶ Si bien Messer indicó que no se encontraba en capacidad de competir de manera rentable con Aga o Praxair antes de la entrada en operación de su planta de producción, de acuerdo con la propia Messer, el hecho de contar con plantas de llenado sería uno de los principales aspectos que otorgaría ventajas competitivas. En tal sentido, el adquirir el oxígeno de terceras empresas no habría representado un impedimento

el grupo decidió vender sus operaciones en Latinoamérica y Asia³²⁷, y por tanto no existía certeza respecto de si la empresa en el Perú sería vendida. A decir de Messer, solo cuando se tuvo certeza de que la empresa no se vendería a otros capitales en el 2004, se decidió adoptar una estrategia de expansión, a partir de lo cual incursionó en nuevas zonas³²⁸.

499. Adicionalmente, Messer señaló que si bien contaba con una capacidad cercana a las 500 toneladas por día (en adelante, TPD), esta capacidad contemplaba principalmente la producción de oxígeno gaseoso destinada exclusivamente a SiderPerú, mientras que su producción máxima de oxígeno líquido alcanzaba las 40 TPD, la cual se destinaba tanto a terceros como a SiderPerú.
500. Al respecto, se ha considerado pertinente comparar la capacidad disponible de Messer con el volumen demandado por EsSalud en zonas diferentes a la típica de abastecimiento (centro), lo cual se detalla en el Cuadro N°22.

Cuadro N°22
Capacidad disponible y requerimientos norte,
sur y Lima – Messer*
(Expresada en m³ por mes)

Año	Capacidad disponible	Capacidad requerida norte	Capacidad requerida sur	Capacidad requerida Lima
2002	134,023	33,080	29,592	173,235
2003	355,793	22,061	20,164	145,462
2004	223,965	42,456	32,730	195,596

Fuente: Messer, EsSalud
Elaboración: ST-SDC

* Se consideró un mes de 30 días, un factor de conversión de 1.35 kg/m³ (ver foja 1519 del expediente), y dado que en la mayor parte de los casos los procesos de selección abarcaban partes de años calendario, se consideró un promedio entre dichos procesos.

501. Como se observa, Messer se encontró en capacidad de cubrir la totalidad de la demanda tanto de la zona norte como de la zona sur y parte de la demanda de Lima, considerando que a partir de la LP 0199L00052 de 2002-2003, los requerimientos estuvieron desagregados en mayor medida.

³²⁷ Ver foja 2392 del expediente.

³²⁸ Cabe resaltar que este argumento no sería consistente con aquel relacionado a su incapacidad de abastecer a otros mercados por tener un gran volumen comprometido con SiderPerú. De haber sido cierto esto último, Messer no se habría encontrado en capacidad de abastecer en ningún momento la demanda de EsSalud en otras zonas, por el nivel comprometido con SiderPerú.

502. La Sala considera que la existencia de una planta de producción reafirma la conclusión de la Comisión respecto de la capacidad de Messer de abastecer de manera rentable a otras zonas fuera de aquella en la que típicamente obtenía la Buena Pro. Cabe indicar además que esta Sala no ha encontrado dentro del expediente prueba alguna respecto de la decisión en el año 2004 de no vender las acciones de la empresa en el Perú, por lo cual esta tampoco sería una justificación para que recién a partir de 2004 Messer haya ingresado a zonas donde no participó durante el periodo investigado.
503. En tal sentido, de la información que obra en el expediente se ha verificado que Messer se encontró en capacidad de participar en otra zona diferente al centro (tal como sería el norte) para abastecer la demanda de EsSalud. Por el contrario, se ha podido comprobar que la empresa ha planteado argumentos contradictorios o que evitan mencionar sus plantas de llenado y lo que ello implica al momento de evaluar la posibilidad de abastecer de oxígeno a EsSalud.
504. Así, se ha identificado que las imputadas contaban con plantas de llenado fuera de las áreas donde típicamente obtenían la Buena Pro, por lo que según sus propias afirmaciones, habrían contado con la logística para participar con ofertas competitivas en los procesos de selección convocados por EsSalud en diferentes zonas. Ello, más aún durante la segunda etapa en la cual las licitaciones de oxígeno líquido y gaseoso se realizaban por separado y donde los puntos a abastecer por ítem se redujeron.
505. Finalmente, se evaluará uno de los principales activos –además de las plantas de llenado– en los que se tenía que invertir para abastecer de oxígeno medicinal en su estado gaseoso: los cilindros. Dicha evaluación permitirá determinar si las empresas se encontraban en capacidad de abastecer de manera rentable a otras zonas durante el periodo investigado³²⁹.
506. De acuerdo con lo señalado por las empresas imputadas, cada uno de los cilindros costaría entre US\$ 250 y US\$ 350, por lo que era necesario invertir en mantener un stock para poder abastecer los requerimientos de los clientes. Así, por ejemplo, Aga señaló que requería mantener un stock de cilindros en función al volumen demandado estimado por cada cliente, al cual se le debía adicionar un 25%.
507. Contrariamente a lo indicado por las apelantes, se verifica que si bien es necesario mantener un stock de cilindros, su adquisición no constituiría un costo hundido o irrecuperable, puesto que estos pueden ser reasignados a otros clientes que demanden oxígeno gaseoso. De hecho, tal como lo señaló

³²⁹

Si bien Praxair señaló que EsSalud no se responsabilizaba por la pérdida de cilindros y que de los 6,500 cilindros asignados a la institución, esta perdía al año 1,000 cilindros. No obstante, la empresa no ha acreditado tal hecho por lo que este no será considerado.

Aga³³⁰, existía una fuerte competencia entre las imputadas y otras empresas por clientes medicinales diferentes de EsSalud, lo cual generaba la posibilidad a estas empresas de reasignarlos.

508. Sin perjuicio de lo indicado, en el caso particular de Aga, se encontró, a partir de información proporcionada por dicha empresa, lo siguiente: (i) en la zona de Lima, la empresa poseía similar cantidad de cilindros asignados que en la zona norte; y (ii) existía cierto nivel de cilindros asignados en las zonas centro y sur, conforme se advierte en el Cuadro N°23.

Cuadro N°23
Participación de parque de cilindros por zonas*
[CONFIDENCIAL]

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Lima	[CONFIDENCIAL]						
Norte							
Sur-Centro							

Fuente: AGA

Elaboración: ST-SDC

* Solo se tomaron los cilindros dirigidos al segmento medicinal con una antigüedad menor a 180 días

509. Por lo tanto, la información antes descrita demostraría que Aga poseía una capacidad similar de cilindros para abastecer de oxígeno gaseoso a la zona de Lima y a la zona norte³³¹.
510. Además los costos involucrados en la instalación de plantas de llenado y la adquisición de cilindros, existe la necesidad de transportar el oxígeno hasta el punto de abastecimiento. Al respecto, Aga señaló que al no contar con una flota de camiones propios³³², el servicio de transporte de cilindros era tercerizado. De la revisión de los contratos, la Sala pudo corroborar que mientras mayor recorrido se realice por periodo, los precios por kilómetro se reducen, por lo que un incremento en el volumen de oxígeno vendido reduciría los costos asociados al abastecimiento de oxígeno gaseoso.
511. De otro lado, la tercerización en el transporte de cilindros implica que las empresas no asumirían los costos de depreciación de los vehículos, teniendo únicamente que pagar por el servicio de transporte.

³³⁰ Ver fojas 1845-1846 del expediente.

³³¹ Si bien no se ha accedido a la capacidad instalada de Messer o Praxair, el hecho de que cuenten con plantas de llenado les otorga una ventaja competitiva para el abastecimiento de oxígeno gaseoso, pues dado que la principal inversión específica son las plantas de llenado, existe facilidad de los clientes para cambiar de proveedor de un periodo al otro.

³³² Ver foja 2015 del expediente.

512. Por todo lo expuesto, se concluye que las empresas se encontraron en capacidad de proveer a zonas diferentes a las que típicamente abastecieron durante el periodo de investigación, pues ni la ubicación de las plantas de llenado, el stock de cilindros, ni los costos de transportar el producto hasta el punto de abastecimiento, fueron reales argumentos que les impidieran de suministrar oxígeno gaseoso en más de una zona.
513. En relación con el oxígeno líquido, las recurrentes alegaron que los costos en los que tendrían que incurrir para el abastecimiento de este producto eran significativamente altos y, por tanto, habrían constituido la principal causa que les impedía ingresar a más de una zona.
514. No obstante, las investigadas únicamente presentaron información general respecto de los costos de camiones cisterna y tanques de almacenamiento, así como su relación de activos. De la información presentada, no se desprende cómo se repartirían estos costos entre sus diferentes clientes medicinales e industriales, así como entre los demandantes de otro tipo de gases, con los cuales también se comparten costos³³³, considerando que esta industria posee un alto componente de costos fijos.
515. Por ende, no existen pruebas de lo alegado por las empresas respecto de los altos costos de aprovisionamiento y de la repartición de aquellos entre sus clientes. Más aún cuando estas empresas, que indicaron elevados costos de aprovisionamiento, justificaron su incursión en nuevas zonas por una ampliación en su capacidad instalada o cambios en su metodología de imputación de costos, pero no así en una reducción efectiva de los costos de distribución.
516. A todo ello se suma la identificación de la empresa Oxyman³³⁴, con mucho menor capital y facturación que las tres imputadas³³⁵, quien realizó ofertas competitivas a partir de la LP 0199L00052 de 2002-2003, en la cual se exigían requisitos tales como el abastecimiento inmediato luego de la firma del contrato.
517. Tal como puede apreciarse en el Cuadro N°24, dicha empresa participó por todos los ítems relacionados con el aprovisionamiento de oxígeno líquido a

³³³ Las empresas alegaron que los costos pueden ser compartidos incluso entre los demandantes de diferentes tipos de gases, pues un mismo camión puede transportar cilindros con distintos tipos de gases.

³³⁴ Esta empresa realizó ofertas de oxígeno medicinal a un 96%, 87%, 85% y 71% del valor de referencia para los ítems Lambayeque-Piura, Ancash-La Libertad, Junín y Arequipa, respectivamente, y logró obtener la Buena Pro en el ítem de Arequipa en la LP 0199L00052 de 2002-2003. Asimismo, participó en los siguientes procesos de selección convocados por EsSalud.

³³⁵ Cabe resaltar que la empresa Oxyman es una empresa local, mientras que las tres imputadas forman parte de grupos con las mayores participaciones de ventas de oxígeno en el mundo. En particular, Praxair Inc. facturó a nivel mundial US\$ 11,224 millones, mientras que el Grupo Messer facturó € 1,088 millones y el Grupo Linde al cual pertenece Aga facturó € 15,280 millones.

excepción de Lima. Si bien no obtuvo la Buena Pro para el abastecimiento de oxígeno líquido en las Adjudicaciones de 2003-2004, esta empresa continuó realizando ofertas en los siguientes procesos.

Cuadro N°24
Detalle de participación de Oxyman en las
licitaciones convocadas por EsSalud para la
adquisición de oxígeno líquido

	LP 0199L00052 (2002)	LP 0399L00091 (2004)	LP 0599L00081 (2005)
Lugares de participación oxígeno líquido	G.R.A. Lambayeque G.D. Piura G.R.A. Ancash G.R.A. La Libertad G.D. Junín * G.R.A. Arequipa *	G.R.A. Lambayeque G.D. Piura G.R.A. Cusco	R.A. La Libertad R.A. Ancash R.A. Arequipa R.A. Cusco H.N. A. Sabogal S H.N. G. Almenara I.

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-SDC

* Oxyman obtuvo la Buena Pro

518. Por tanto, dado que una empresa con menor capital se encontró en capacidad de realizar ofertas en la mayor parte de los ítems asociados con la provisión de oxígeno líquido, resulta improbable que no haya sido rentable para las imputadas asumir los costos involucrados y participar competitivamente en dichos procesos.

519. Las empresas denunciadas no han presentado medios de prueba para sustentar que su decisión de abstenerse de participar o de auto descalificarse en los procesos de selección respecto de zonas diferentes de aquellas en las que obtenían la Buena Pro, se debía a su incapacidad de abastecer a más de una zona. Por el contrario, se ha comprobado que Aga, Messer y Praxair tuvieron la capacidad de participar de manera rentable en más de una de ellas para atender la demanda de oxígeno líquido y gaseoso de EsSalud.

520. Por consiguiente, la Sala considera que esta hipótesis alternativa planteada por las empresas debe ser desestimada.

III.6.4.3 La experiencia de las empresas definió las zonas de aprovisionamiento

521. Las denunciadas señalaron que el supuesto reparto geográfico imputado por la Comisión no se explicaría por la realización de un acuerdo colusorio, sino que se encontraría justificado, entre otros factores, por el comportamiento previo de las denunciadas en el mercado de oxígeno antes de 1999.

522. Así por ejemplo, Aga señaló que desde los años ochenta había abastecido a la zona norte y contaba con cinco sucursales en tal zona, lo cual la habría dotado de ventajas que explicarían los resultados observados en el periodo investigado³³⁶.
523. Respecto de tales resultados históricos, se ha considerado pertinente evaluar la información consignada en el informe del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (en adelante, CIUP)³³⁷, remitido por Aga³³⁸ a fin de sustentar su recurso de apelación. Dicho informe presentó una comparación entre la provisión de oxígeno antes y durante el periodo investigado, la cual se muestra a continuación.

Cuadro N°25³³⁹
Comparación entre el aprovisionamiento de oxígeno a EsSalud antes y durante el periodo investigado

Ítem	Zona	Lugar	Atención 1997-1998	Atención desde 1999
1	Norte	H.N. Almanzor Aguinaga	AGA	AGA
		G.D. Piura	AGA	AGA
		G.D. Ancash	AGA	AGA
		G.D. La Libertad	AGA	AGA
		G.D. Lambayeque	Messer	AGA
		G.D. Cajamarca	PSA - Caxamarca Gas	AGA
		G.D. Tumbes	Messer	AGA
		G.D. Amazonas	AGA	AGA
		Instituto Peruano de Oftalmología	Messer	AGA
2	Sur	H.N. del Sur	Praxair	Praxair
		G.D. Arequipa	Praxair	Praxair
		G.D. Cusco	AGA	Praxair
		G.D. Puno	AGA	Praxair
		G.D. Moquegua	Praxair	Praxair
		G.D. Ayacucho	Distribuidor de Indura y Praxair	Praxair
		G.D. Apurímac	AGA a través de distribuidor	Praxair
		G.D. Madre de Dios	AGA a través de distribuidor	Praxair
3	Centro	G.D. Junín	Messer	Messer
		G.D. Huánuco	AGA	Messer
		G.D. Huancavelica	AGA	Messer
		G.D. Cerro de Pasco	AGA	Messer
4	Lima	H.N.E. Rebagliati	Praxair	Praxair
		H.N.G. Almenara	Praxair	Praxair
		G.D. Lima	Messer	Praxair
		G.D. Ica	AGA	Praxair
		Centro de Hemodiálisis	Praxair	Praxair
		PADOMI	AGA	Praxair

Fuente: Aga
Elaboración: ST-SDC

³³⁶ Ver fojas 5103-5108 del expediente.

³³⁷ "Las estrategias seguidas por AGA entre 1998 y 2004 en las licitaciones convocadas por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal". Setiembre 2010. (Ver foja 5157-5172 del expediente).

³³⁸ Mediante escrito de fecha 15 de setiembre de 2010.

³³⁹ Basado en el anexo al informe del CIUP de setiembre de 2010. (Ver foja 5172 del expediente).

524. Tal como se puede observar del Cuadro N°25, de manera previa al periodo investigado, las apelantes no atendían de manera exclusiva a una zona. Así, puede verificarse que Aga poseía participación en las zonas norte, centro, sur y Lima, mientras Messer no solo proveía a la zona centro, sino también a la zona norte y Lima³⁴⁰.
525. Específicamente en el caso de Aga, de acuerdo con el informe elaborado por el CIUP en el marco de su defensa, esta empresa abasteció un volumen equivalente al 67.2% del total demandado de oxígeno gaseoso por EsSalud en la zona sur y el 69.2% del total demandado de oxígeno gaseoso en la zona centro en los años 1997 y 1998, en comparación con los volúmenes demandados en la LP 0199L00051 de 2001³⁴¹.
526. A partir de ello se puede evidenciar que 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.
527. Si bien se observa que las empresas investigadas en algunos casos se mantuvieron abasteciendo zonas que anteriormente atendían, también se aprecia que en otros casos existieron cambios en las zonas de abastecimiento. Destaca la situación de la zona centro, la cual antes del periodo investigado fue abastecida por Aga casi en su totalidad, mientras que durante dicho periodo fue cubierta por Messer y, solo con posterioridad a junio de 2004, Aga retornó a abastecer dicha zona.
528. Otro factor que, a decir de Aga, habría determinado la ubicación de las empresas sería la existencia de tanques criogénicos instalados en hospitales antes del periodo investigado. En tal sentido, dado que Aga contaba con tanques criogénicos en hospitales de EsSalud ubicados en Piura, Trujillo, y Chimbote y, adicionalmente, contaba con instalaciones necesarias para atender al hospital de EsSalud de Chiclayo, ello habría facilitado su posicionamiento en el norte y su incapacidad de abastecer a Lima al no contar con tanques criogénicos en hospitales de EsSalud de dicha zona. Asimismo, al ser Messer quien contaba con un tanque criogénico en Junín, Aga decidió no incursionar en la zona centro.
529. En el caso de Messer, esta empresa señaló que sus inversiones incentivaron a que se mantuviera en la zona centro donde ya había hundido costos³⁴². Por

³⁴⁰ Las líneas sombreadas corresponden a aquellos lugares donde EsSalud cambió de proveedor de oxígeno durante el periodo investigado en relación con los dos años previos.

³⁴¹ Ver foja 5165 del expediente.

³⁴² Messer hizo referencia principalmente a su tanque de llenado en el hospital de Huancayo y no hizo referencias a sus plantas de llenado. No obstante, el informe del CIUP presentado por Aga indicó que las plantas de Messer ubicadas en el norte únicamente se dedicaban a abastecer oxígeno industrial. Sin embargo, ello no fue acreditado.

tanto, alegó que su conducta durante el periodo investigado consistente en permanecer en dicha zona sería económicamente racional.

530. De otro lado, de acuerdo con Praxair, su ingreso en los años noventa al mercado peruano también habría definido su comportamiento futuro. La empresa indicó que ingresó al Perú a través de la compra de tres empresas de las cuales heredó sus instalaciones, cartera de clientes³⁴³ y red de distribución. Agregó que algunas de las plantas fueron desactivadas, a otras las convirtió en estaciones de llenado e inauguró una única planta de producción ASU en Pisco. Todo ello le permitió contar con disponibilidad de oxígeno líquido para atender el mercado medicinal, pues hasta ese momento el oxígeno líquido era vaporizado para atender la demanda de sus clientes *on site*³⁴⁴.
531. Asimismo, Praxair enfatizó que antes del periodo investigado ya contaba con sistemas de distribución de oxígeno gaseoso instalados en diversos hospitales de EsSalud ubicados en Lima, lo cual le generó ventajas competitivas³⁴⁵.
532. Al margen de que no se ha acreditado durante el procedimiento que el abastecimiento de oxígeno líquido haya sido tan costoso como fue señalado por las empresas, se ha podido verificar que los requerimientos de tanques criogénicos variaron en el tiempo.
533. Así por ejemplo, los requerimientos de oxígeno líquido en la zona sur no incluyeron las mismas G.D. en todos los procesos de selección. En particular, si bien Praxair contaba con un tanque instalado en la G.D. Arequipa antes del periodo investigado, ello no le significó ventaja alguna, puesto que en la LP 0018-IPSS-98 de 1999, se requirió oxígeno líquido únicamente para la G.D. Cusco. A su vez, en la LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001 no existieron requerimientos de este tipo de oxígeno y no fue hasta las Adjudicaciones de 2001-2002 que se requirió para la G.D. Arequipa.
534. En conclusión, Praxair no pudo haber aprovechado en todos los casos la ventaja de haber hundido costos en la instalación de tanques en los hospitales, puesto que no abasteció de oxígeno líquido en las mismas entidades y, por tanto, debió incurrir en nuevos costos de instalación en función a los nuevos requerimientos que se llevaron a cabo a lo largo del periodo investigado³⁴⁶.

³⁴³ Las tres empresas que adquirió fueron SQIL (1995), SQIA (1996) y Liquid Carbonic (1996).

³⁴⁴ Ver fojas 2314-2315 del expediente.

³⁴⁵ Ver foja 1765 del expediente.

³⁴⁶ En particular, en la LP 0199L00052 de 2002-2003, se requirió de oxígeno líquido en la G.R.A. Arequipa y en las Adjudicaciones 2003-2004 se requirió en la G.D. Cuzco.

535. Del mismo modo, para el caso de Aga en la zona norte, si bien el hecho de que esta empresa contara con instalaciones para abastecer al hospital Almanzor Aguinaga de Chiclayo y a la G.D. La Libertad de manera previa al periodo de investigación la dotó de ventajas en la LP 018-IPSS-98 de 1999 y LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001, estas ventajas no pudieron ser aprovechadas en las siguientes licitaciones. La razón es que los posteriores requerimientos de oxígeno líquido (y por tanto, de instalación de tanques) incluyeron a la G.D. Ancash³⁴⁷, lugar en el que no se evidenció que la empresa contara con un tanque instalado previamente.

Cuadro N°26
Requerimientos de oxígeno líquido en la zona norte

LP 018-IPSS-98	LP 053-ESSALUD-99	Adj. 2001-2002	LP 0199L00052	Adj. 2003	LP 0599L00081	Adj. 2005
H.N. Almanzor Aguinaga G.D. La Libertad	G.D. Ancash G.D. La Libertad	G.R.A. Lambayeque G.D. Piura G.R.A. Ancash G.D. La Libertad	G.R.A. Lambayeque G.D. Piura G.D. Ancash G.D. La Libertad	G.R.A. Lambayeque G.D. Piura G.D. Ancash G.D. La Libertad	G.R.A. Lambayeque G.D. Piura G.D. Ancash G.D. La Libertad	R.A. Lambayeque R.A. Piura R.A. Ancash R.A. La Libertad

Fuente: EsSalud
Elaboración: ST-SDC

536. Sin perjuicio de lo expuesto, debe señalarse que la empresa Oxyman, con menor capacidad de capitalización que las imputadas, participó realizando ofertas competitivas por oxígeno líquido a partir de la segunda etapa. Este hecho también permitiría ratificar: (i) que el contar con tanques criogénicos no era una ventaja determinante para la provisión de oxígeno; y, (ii) que el abastecimiento de oxígeno líquido a otras zonas no habría sido tan costoso como lo señalaron y no acreditaron las apelantes.
537. En consecuencia, se considera que el abastecimiento a EsSalud en periodos previos no pudo haber definido la ubicación de las empresas durante el periodo investigado debido a lo siguiente:
- (i) no existió un patrón definitivo, pues varias empresas abastecieron a cada una de las cuatro zonas establecidas en la LP 018-IPSS-98 de 1999 con anterioridad a dicha licitación;
 - (ii) las recurrentes no acreditaron los costos en los que habrían incurrido para el abastecimiento a zonas diferentes a aquellas en las que típicamente obtenían la Buena Pro, ni demostraron que estos les habrían impedido ingresar a nuevas zonas; y,
 - (iii) empresas con menor respaldo financiero se habrían encontrado en capacidad de invertir para abastecer de oxígeno líquido a diferentes

³⁴⁷ Para un mayor detalle de los requerimientos de oxígeno líquido en la zona norte, ver Cuadro N°26.
165/236

zonas, tal como lo demostró la empresa Oxyman que realizó ofertas válidas por oxígeno líquido en las zonas norte, centro y sur.

538. Por tanto, corresponde desestimar esta hipótesis presentada por las empresas.

III.6.4.4 Barreras de entrada contenidas en las condiciones de las bases de EsSalud definieron el comportamiento en el mercado

539. Como se mencionó previamente, EsSalud presentó dos esquemas en sus convocatorias durante el periodo investigado. En una primera etapa, desde la LP 018-IPSS-98 de 1999 hasta las Adjudicaciones de 2001-2002, dividió sus requerimientos³⁴⁸ en cuatro grandes ítems correspondientes a las siguientes regiones: norte, centro, sur y Lima. Asimismo, se incluyó dentro de cada ítem requerimientos conjuntos de oxígeno gaseoso y líquido.

540. Este esquema cambió a partir de la LP 0199L00052 de 2002-2003, al incrementarse el número de ítems de cuatro a veinticuatro y separarse la demanda de oxígeno líquido de la del gaseoso. De esta manera, se cambiaron las condiciones de los procesos convocados por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal, evento exógeno que permitió el ingreso de un mayor número de competidores³⁴⁹.

541. Las empresas imputadas señalaron que los resultados observados en las licitaciones son consistentes con el cambio de esquema en las bases. Es decir, sostienen que las altas barreras a la entrada determinaron que en la práctica existiera un reparto de mercado, pues no les fue posible ingresar fuera de su zona típica de aprovisionamiento por los requerimientos de las bases de EsSalud. A su vez, alegaron que durante la segunda etapa, se redujeron las barreras a la entrada, lo cual favoreció el ingreso de nuevos competidores y, como consecuencia de ello, los precios se redujeron.

542. Las barreras que habrían hecho costoso el ingreso de nuevas empresas y que les habrían impedido ingresar a otras zonas durante el periodo investigado —según las apelantes— fueron las siguientes: (i) abastecimiento conjunto de oxígeno líquido y gaseoso, (ii) obligación de abastecimiento de un volumen significativo por ítem, (iii) altas exigencias vinculadas con la experiencia, (iv) plazos cortos para la instalación de tanques, (v) posibilidad de incluir nuevos puntos de atención, (vi) corto plazo de duración de contratos de suministro, (vii) incremento significativo de puntos de

³⁴⁸ Dichos requerimientos corresponden a las licitaciones públicas, puesto que, como se mencionó en la parte descriptiva del mercado, las adjudicaciones fueron convocadas a nivel local, y no fueron centralizadas.

³⁴⁹ Para un mayor detalle de las empresas que ingresaron a partir de la LP 0199L00052 de 2002-2003 (segunda etapa), ver Cuadros N°9 y 11.

abastecimiento, (viii) abastecimiento ante cualquier eventualidad, (ix) periodicidad de suministros, (x) obligación de garantizar suministro de oxígeno líquido sin interrupciones, (xi) obligación de revisión inicial y mantenimiento preventivo y correctivo de tanques criogénicos; y, (xii) otros.

543. En primer lugar, las empresas señalaron que la exigencia de abastecer oxígeno líquido conjuntamente con oxígeno gaseoso, así como el importante volumen demandado por cada ítem impidió el ingreso de nuevas empresas.
544. Al respecto, este Colegiado concuerda con lo alegado por las denunciadas, toda vez que se verificó que el requerimiento conjunto de oxígeno líquido y gaseoso y el volumen demandado constituyeron barrera de entrada. Estas condiciones impidieron el acceso de otras empresas que poseían menor capital y que no contaban con infraestructura tal como plantas de llenado que facilitarían el abastecimiento a todos los puntos requeridos.
545. No obstante, para el caso de las imputadas, se ha acreditado que estas sí contaron con plantas de llenado fuera del área en la que típicamente abastecían. Asimismo, poseían el capital suficiente para adquirir tanques de almacenamiento para ser instalados en los hospitales para el abastecimiento de oxígeno líquido³⁵⁰. Por tanto, dichas exigencias no constituyeron para las denunciadas verdaderas barreras que impidieran su participación en más de un ítem o en más de una zona.
546. En segundo lugar, en relación con la valoración de la experiencia de los postores, Aga señaló que en las bases de la LP 0199L00051 de 2001 correspondiente a la primera etapa dicha experiencia representó el 50% del puntaje técnico, mientras que en la licitación posterior comprendida en la segunda etapa, el puntaje máximo de experiencia solo otorgaba un 25% del puntaje técnico³⁵¹. Agregó que a partir de la reducción de esta exigencia se permitió el ingreso de nuevos competidores.
547. Sobre este punto, resulta pertinente evaluar el detalle de las bases de cada licitación respecto de la experiencia exigida a los postores.

(VER CUADRO N°6 EN LA PÁGINA SIGUIENTE)

³⁵⁰ Ello debido a que las tres recurrentes pertenecen a grupos con presencia mundial, mientras que el resto de ingresantes –salvo Indura–, quien ingresó posteriormente al periodo investigado– eran empresas locales, con menor capacidad de financiamiento.

³⁵¹ Ver foja 4550 del expediente.

Cuadro N°27
Requerimiento de experiencia en las LP 018-IPSS-98 y 053-ESSALUD-99

Licitación Pública N° 018-IPSS-98	Licitación Pública N° 053-ESSALUD-99
Puntaje por constancias que acrediten haber abastecido a seguro social u otras entidades en venta de oxígeno medicinal: Suma menor o igual a S/. 300,000 (2 puntos) Suma entre S/. 300,001 a S/. 400,000 (4 puntos) Suma entre S/. 400,001 a S/. 500,000 (8 puntos) Más de S/. 500 000 (10 puntos) Sobre un total de 50 puntos de calificación técnica y un mínimo de 40	Puntaje por constancias que acrediten haber vendido oxígeno medicinal en los últimos dos años: Menos de S/. 300,000 (1 punto) Desde S/. 300,000 hasta S/. 400,000 (2 puntos) Más de S/. 400,000 hasta S/. 500,000 (3 puntos) Más de S/. 500,000 hasta S/. 600,000 (4 puntos) Más de S/. 600,000 (5 puntos) Sobre un total de 50 puntos y un mínimo de 45

Fuente: EsSalud
Elaboración: ST-SDC

Cuadro N°28
Requerimiento de experiencia en las LP 0199L00051 y LP 0199L00052

Licitación Pública N° 0199L00051	Licitación Pública N° 0199L00052
Puntaje por constancias que acrediten haber vendido oxígeno medicinal en los últimos doce meses: Menos de S/. 250,000 (5 puntos) Desde S/. 250,000 hasta S/. 500,000 (10 puntos) Más de S/. 500,000 hasta S/. 750,000 (15 puntos) Más de S/. 750,000 hasta S/. 1,000,000 (20 puntos) Más de S/. 1,000,000 (25 puntos) Sobre un total de 50 puntos y un mínimo de 24	Puntaje por constancias que acrediten haber vendido oxígeno en los últimos 24 meses: Mayor al 40% del valor referencial del ítem (10 puntos) Mayor al 30% hasta 40% del valor referencial del ítem (9 puntos) Mayor al 20% hasta 30% del valor referencial del ítem (8 puntos) Mayor al 10% hasta 20% del valor referencial del ítem (7 puntos) Menor o igual al 10% del valor referencial del ítem (6 puntos) Sobre un total de 40 puntos y un mínimo de 21 puntos

Fuente: EsSalud
Elaboración: ST-SDC

Cuadro N°29
Requerimiento de experiencia en las LP 0399L00091 y LP 0599L00081

Licitación Pública N° 0399L00091	Licitación Pública N° 0599L00081
Puntaje por constancias que acrediten haber vendido oxígeno en los últimos 24 meses: Mayor al 40% del valor referencial del ítem (10 puntos) Mayor al 30% hasta 40% del valor referencial del ítem (8 puntos) Mayor al 20% hasta 30% del valor referencial del ítem (6 puntos) Mayor al 10% hasta 20% del valor referencial del ítem (4 puntos) Menor o igual al 10% del valor referencial del ítem (0 puntos) Sobre un total de 40 puntos y un mínimo de 21 puntos	Constancias que acrediten haber abastecido de oxígeno en los últimos 24 meses: Mayor al 40% del valor referencial del ítem (25 puntos) Mayor al 30% hasta 40% del valor referencial del ítem (15 puntos) Mayor al 20% hasta 30% del valor referencial del ítem (10 puntos) Mayor al 10% hasta 20% del valor referencial del ítem (5 puntos) Menor o igual al 10% del valor referencial del ítem (0 puntos) Sobre un total de 40 puntos y un mínimo de 25 puntos

Fuente: EsSalud
Elaboración: ST-SDC

548. Como se observa en los Cuadros N°27 y 28, si bien en efecto en la LP 0199L00051 de 2001, la experiencia representaba el 50% del total del

puntaje técnico, se verificó una situación diferente en las licitaciones previas, es decir, las LP 018-IPSS-98 de 1999 y 053-ESSALUD-99 de 2000-2001, en las cuales representó el 20% y el 10% del total del puntaje técnico, respectivamente. En estas últimas licitaciones, incluso si una empresa no obtuviera puntaje por experiencia, podría calificar para el siguiente paso y presentar una propuesta económica³⁵².

549. De otro lado, las recurrentes alegaron que el cambio de los requisitos de experiencia de un valor específico a un porcentaje del valor de referencia favorecería el ingreso de pequeñas empresas. Como se observa en los cuadros precedentes, esta afirmación es correcta, pues a partir de la LP 0199L00052 de 2002-2003 se tomó un porcentaje del valor de referencia del ítem y no un monto absoluto, lo cual facilitó el ingreso de nuevas empresas con menor facturación.
550. Pese a lo anterior, los cambios en dicho requerimiento no afectaron a las imputadas, puesto que todas ellas cumplían con el requisito de experiencia necesaria para participar en cualquiera de los ítems licitados por EsSalud antes del cambio introducido en las bases de los procesos de selección. Por lo cual, esta modificación no resultó determinante en el caso de Praxair, Aga y Messer para su ingreso a nuevas zonas.
551. Otra de las barreras indicadas por las apelantes sería el plazo otorgado para la instalación de tanques criogénicos en cada hospital. Mientras que durante el periodo investigado se requería la instalación del tanque desde el primer día de firmado el contrato³⁵³, a partir de la LP 0399L00091 de 2004-2005, las condiciones cambiaron, otorgando a las empresas un plazo de hasta 60 días desde su suscripción. Esta modificación, según las investigadas, propició la mayor participación de empresas en el abastecimiento de oxígeno líquido.
552. Respecto de dicho aspecto, se ha podido advertir que esta ampliación de plazo para la instalación de tanques criogénicos representaría el principal cambio entre las bases de la LP 0399L00091 de 2004-2005 y las bases correspondientes a los procesos convocados durante el periodo investigado.

³⁵² Ello debido a que para el caso de la LP 018-IPSS-98 de 1999 el puntaje mínimo para calificar era de 40 puntos sobre un total de 50 y el puntaje máximo por experiencia ascendía a 10 puntos, por lo que si se cumplía con los demás requerimientos técnicos las empresas aún se encontraban en capacidad de calificar a la siguiente etapa para poder realizar una propuesta económica. Algo similar ocurrió en la LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001, puesto que el puntaje máximo por experiencia ascendía a 5 puntos, mientras que el puntaje mínimo para calificar a la siguiente etapa ascendía a 45 sobre un total de 50 puntos.

³⁵³ Se ha asumido que el requerimiento de instalación del tanque era inmediato, puesto que, a diferencia de las especificaciones técnicas a partir de la LP 0399L00091 de 2004-2005 (ver foja 531 del expediente), no especificó el plazo con el que contaban las empresas luego de la suscripción del contrato para que entrara en funcionamiento el tanque criogénico en las instalaciones de cada hospital. No obstante, según lo alegado por Aga, las bases solían contemplar un plazo de 15 días para la instalación de los tanques (ver foja 1842 del expediente), lo cual incluso reduciría las ventajas por el cambio en las bases alegadas por las empresas.

553. Sin embargo, el número de participantes no varió de manera inmediata a partir de la ampliación del plazo para la instalación de tanques criogénicos. Tal como se observa en el Cuadro N°30, no se aprecia un cambio sustancial si se comparan las empresas que participaron en la LP 0199L00052 de 2002-2003 con aquellas que participaron en la LP 0399L00091 de 2004-2005. Por el contrario, dicho número se incrementó solo posteriormente en la LP 0599L00081 de 2006-2007. Por ende, el referido cambio no habría afectado de manera significativa la decisión de participar en los procesos de selección relacionados con oxígeno líquido.

Cuadro N°30
Empresas participantes en requerimientos de
oxígeno líquido

Ítem	Zona	Empresas participantes		
		LP 0199L00052	LP 0399L00091	LP 0599L00081
G.R.A. Lambayeque	Norte	A, OM, P	A, M, OM	A, M, P
G.D. Piura		A, OM, P	A, M, OM	A, M, P
G.R.A. Ancash		A, OM, P	A	A, M, OM, P
G.R.A. La Libertad		A, OM, P	A	A, M, OM, P
G.D. Junín	Centro	OM, M, P	A, M	A, P
G.D. Huánuco		-	A, M	A, P
G.R.A. Arequipa	Sur	OM, P	-	A, I, M, OM, P
G.R.A. Cusco		-	OM, P	A, OM, P
H.N. E. Rebagliati M.	Lima	P	A, P	A, M, P
H.N. A. Sabogal S		-	-	A, I, M, OM, P
H.N. G. Almenara I.		P	A, P	A, M, OM, P

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-SDC

A: Aga, I: Indura, M: Messer, OM: Oxyman, P: Praxair

554. Otro requisito de las bases que según las denunciadas habría representado una barrera de entrada sería la posibilidad de incluir nuevos puntos de atención de consumo. A decir de las apelantes, esta exigencia habría representado un riesgo de tener que incurrir en mayores inversiones en cada zona, requisito que cambió a partir de la LP 0399L0091 de 2004-2005³⁵⁴.

555. De acuerdo con la evaluación realizada, las empresas no acreditaron que, al margen de que esta condición estuviera vigente, la entidad les haya requerido efectivamente la inclusión de nuevos puntos de abastecimiento posteriores al otorgamiento de la Buena Pro. Salvo en el caso indicado por Aga en la LP 018-IPSS-98 de 1999 en la que se le requirió que incluya un nuevo punto de atención correspondiente a un hospital de la campaña del

³⁵⁴

En particular, debido a un comentario a las bases realizado por Praxair, por lo cual EsSalud aclaró que no se incluirían nuevos puntos de consumo adicionales a los estipulados en las bases.

PADOMI según se advierte Carta 087 GA-GCL-ESSALUD-99, no se ha podido identificar un caso similar a lo largo del expediente.

556. Dado que no se observó que esta condición fuera exigida por EsSalud de manera reiterativa o recurrente, tanto las potenciales entrantes, como inclusive las empresas imputadas, no podían haberla considerado como una barrera importante que impidiera su ingreso a una determinada zona, puesto que el riesgo de que se exija esta condición era reducido.
557. Un requisito adicional que habría generado una barrera de ingreso y determinado los resultados observados en los procesos sería, conforme a las investigadas, el corto plazo de duración de los contratos de suministro. A manera de ejemplo, Praxair señaló que los contratos de largo plazo con sus clientes industriales serían necesarios para poder recuperar las inversiones específicas, algo que no sucedería en el mercado medicinal.
558. De la revisión de los contratos de clientes medicinales proporcionados por Aga³⁵⁵, se ha podido constatar que algunos de ellos contemplan una duración de un año, por lo que la empresa no se restringiría a contratos de largo plazo. En el caso específico de EsSalud, la duración de un año establecida en el contrato no impidió que otras empresas diferentes a las imputadas ingresaran al mercado a partir de la segunda etapa, por lo que no habría representado una barrera significativa.
559. Asimismo, las apelantes alegaron que fue justamente la reducción en el plazo del contrato de un año a 6 meses estipulada en las bases de la LP 0199L00051 de 2001 lo que provocó que esta fuera declarada desierta³⁵⁶.
560. Sin embargo, corresponde evaluar dicho argumento en el marco de otra de las afirmaciones realizada por las imputadas. En particular, estas señalaron que al contar con ventajas competitivas en cada una de sus zonas, estaban en capacidad de cobrar precios muy cercanos al máximo permitido en la primera etapa, puesto que tenían la certeza que dadas las barreras a la entrada no existiría otra empresa que pudiera competir con la incumbente³⁵⁷.
561. Al verse reducido el aprovisionamiento a un periodo de 6 meses, ello habría desincentivado en mayor medida el ingreso de nuevas empresas, representando una barrera adicional. En otras palabras, de ser cierto lo

³⁵⁵ Ver fojas 2023-2079 del expediente.

³⁵⁶ En particular, Aga señaló lo siguiente: *"En efecto, las bases de dicha licitación se referían al suministro de oxígeno medicinal a ESSALUD durante un plazo de seis (6) meses y no durante un plazo de un (1) año como ocurría con las bases previas. En ese contexto, debe resaltarse que la diferencia en el plazo del suministro subastado es precisamente uno de los factores (y, posiblemente, el principal) que explica el fracaso de la licitación."* (Ver foja 5101 del expediente).

³⁵⁷ En particular, Aga indicó que tanto los plazos cortos como las exigencias de EsSalud sumadas al riesgo de perder el contrato durante el siguiente periodo otorgó a la empresa una "ventaja comparativa inigualable" en el norte. (Ver foja 5106 del expediente).

afirmado por las empresas respecto de la ventaja otorgada por las bases de EsSalud, la certeza de que ninguna otra empresa ingresaría a la zona donde típicamente abastecían sería aún mayor al incrementarse los costos para el resto de empresas, sin que ello implique costos adicionales para la incumbente. Por tanto, se esperaría que las empresas participen con mayor razón de esta licitación en lugar de que se abstengan a participar en ella.

562. Otra de las barreras indicadas por las apelantes que habrían impedido su participación en la LP 0199L00051 de 2001 habría sido el incremento significativo en los puntos de abastecimiento a donde las empresas tenían que entregar el oxígeno³⁵⁸, los cuales elevarían sus costos de distribución.
563. Sobre dicho aspecto, de la revisión de las observaciones y consultas a las bases, Aga y Messer señalaron que no se debieron incluir los centros asistenciales, sino únicamente el abastecimiento a las Gerencias Departamentales³⁵⁹, pues ello incrementaría sus costos logísticos. De otro lado, Praxair no cuestionó dicha condición pero realizó una consulta sobre qué era considerado como un centro asistencial de EsSalud³⁶⁰.
564. Sobre el particular, esta Sala considera que si bien el incremento de los puntos de abastecimiento pudo haber redundado en mayores costos para las denunciadas, estas no acreditaron que dicho incremento haya restringido su capacidad de proveer rentablemente el oxígeno medicinal a las zonas requeridas.
565. Adicionalmente, debe resaltarse que al ser consultadas las denunciadas sobre las razones que justificarían el incremento en aproximadamente 40% de sus cotizaciones, estas no alegaron como una de las causales de tal incremento al aumento del número de puntos de abastecimiento. Por tanto, no resulta posible considerar esta exigencia como una de las causales de abstención. Ello, más aún, si Aga indicó que la principal causa por la que no participaron de tal proceso fue la reducción del periodo de abastecimiento de un año a seis meses.
566. Otra de las barreras mencionadas por las empresas es la referida a la periodicidad de suministros. De acuerdo con Aga a través del informe encargado al CIUP³⁶¹, a partir de la LP 0399L00091 de 2004-2005 también se

³⁵⁸ En particular, hasta antes de dicha licitación, EsSalud señalaba en sus bases que el punto de entrega principal era una G.D., mientras que corría por cuenta de dicha entidad el abastecer a todos los centros asistenciales adscritos a dicha G.D. No obstante, en la LP 0199L00051 de 2001 se optó por cambiar la condición y encargar a las empresas el abastecimiento no solo a cada G.D., sino también a cada uno de los centros asistenciales adscritos a la misma.

³⁵⁹ Ver fojas 925-926 del expediente.

³⁶⁰ Ver foja 976 del expediente.

³⁶¹ Ver foja 4632 del expediente.

habría flexibilizado el requerimiento de las bases asociado con la periodicidad del abastecimiento. Puntualmente, a partir de dicha licitación, las entregas fueron mensuales en lugar de quincenales. No obstante, del expediente se ha podido verificar que el cambio en dicho requisito tuvo lugar a partir de la LP 0599L00081 de 2006-2007, y no a partir de la LP 0399L00091 de 2004-2005, tal como lo señaló Aga.

567. Si bien es cierto que ello habría reducido los costos que debían asumir las denunciadas por concepto de transporte y distribución, no es menos cierto que, por otra parte, las empresas debían incrementar la inversión en activos fijos como los cilindros necesarios para el aprovisionamiento de oxígeno medicinal. Al pasar de entregas quincenales a mensuales, el volumen de oxígeno gaseoso que debía ser entregado por visita a cada punto de abastecimiento debía duplicarse, haciéndose necesario contar con un mayor número de cilindros que permitan reducir la frecuencia de entregas.
568. Al existir efectos opuestos de dicho cambio en las bases, no sería posible establecer si, en balance, esto redujo o incrementó los costos. Pero incluso si este balance fuese negativo, la periodicidad de entregas no habría representado una barrera infranqueable para las denunciadas, lo cual se vio reflejado en el ingreso de nuevas empresas a más de una zona durante la segunda etapa.
569. Otro de los requisitos que habría variado a lo largo del tiempo son las exigencias del abastecimiento. Según las apelantes, dichas exigencias se habrían hecho más estrictas a partir de la LP 0199L00051 de 2001, pues se demandaba el abastecimiento con éxito ante cualquier eventualidad y no solo ante emergencias. Este cambio habría implicado, a decir de las investigadas, la inversión en un sistema de abastecimiento alternativo y la necesidad de personal calificado para dar soporte ante cualquier imprevisto.
570. Respecto de dicho requerimiento, se advierte que, efectivamente, esta exigencia incrementó los costos a partir de la segunda etapa investigada. No obstante, esto no impidió el ingreso de nuevas empresas durante esta etapa, por lo que no podría afirmarse que este requisito haya representado una barrera significativa. Asimismo, se ha identificado que tal requisito se mantuvo en la LP 0599L00081 de 2006-2007, pues se solicitaba un abastecimiento al 100% ante cualquier eventualidad y a pesar de ello se observó mayor competencia por ítem. Por consiguiente, las exigencias de abastecimiento tampoco explicarían el ingreso de las imputadas a nuevas zonas solo a partir de la LP 0399L00091 de 2004-2005.
571. Otra de las barreras indicada por las denunciadas se refiere a la revisión inicial y mantenimiento preventivo y correctivo de tanques criogénicos de propiedad de la propia empresa así como aquellos de propiedad de EsSalud.

Refieren que esta condición se habría flexibilizado a partir de la LP 0599L00081 de 2006-2007, pues habría dejado de ser exigible para redes de oxígeno propiedad de EsSalud y únicamente correspondería a aquellos activos propiedad de la empresa.

572. Contrariamente a lo alegado por las recurrentes, se ha identificado que el Anexo 14 de las bases de la LP 0599L00081 de 2006-2007 contemplaba la obligación de cargo de las empresas proveedoras de efectuar una revisión inicial de toda la red de oxígeno medicinal, incluyendo las redes de propiedad de EsSalud³⁶². Por ende, este requerimiento no habría representado un cambio sobre los costos de las denunciadas.
573. Finalmente, las apelantes señalaron que otros costos tales como la solicitud de pintura aséptica en los cilindros, la inclusión de fecha de vencimiento, la solicitud de contar con la certificación ISO 9000, ISO 14000 y el Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura habrían representado costos adicionales para las empresas.
574. A partir de la revisión de las bases, tal como advirtió la Comisión, se ha verificado que dichos requisitos fueron exigidos desde la LP 0199L00052 de 2002-2003, licitación en la que justamente ingresaron nuevas empresas. Por este motivo, no se puede sostener que habrían representado costos significativos que hubieran operado como barreras de entrada durante el periodo investigado.
575. Ahora bien, existe un cambio que a criterio de este Colegiado sí influyó sobre el ingreso de nuevas empresas, el cual consistió en la reducción del nivel de pureza del oxígeno del 99.5% a 99% a partir de la LP 0199L00052 de 2002-2003³⁶³. Sin embargo, ello no impidió que las imputadas ingresaran a otras zonas fuera de aquellas en las que típicamente abastecían, puesto que las tres empresas cumplieron desde un primer momento con el requerimiento de pureza del 99.5%.
576. Habiendo expuesto las principales barreras alegadas por las apelantes como justificaciones a su comportamiento en el periodo investigado, se considera que las tres condiciones determinantes identificadas como barreras al ingreso de nuevas empresas, específicamente, durante la primera etapa fueron las siguientes: (i) abastecimiento conjunto de oxígeno líquido y gaseoso; (ii) abastecimiento de un volumen significativo por ítem; y, (iii) dar prioridad a la experiencia.

³⁶² Ver foja 477 del expediente.

³⁶³ Ello influyó debido que el contar con el 99.5% de pureza implicaba el uso de equipos y sistemas acordes con la Farmacopea Europea (ver foja 5115 del expediente).

577. No obstante, no se ha encontrado una justificación atendible para que las imputadas, considerando su capacidad disponible, alta capitalización, la existencia de plantas de llenado y su experiencia, no hayan incursionado en otras zonas además de aquellas en las que típicamente abastecieron a EsSalud³⁶⁴. Más aún considerando que durante la primera etapa se garantizaba el abastecimiento conjunto a un bloque de entidades prestadoras, lo cual les era conveniente por la existencia de economías de escala y por el alto componente de costos fijos de la industria. Así, Aga señaló lo siguiente respecto de dichas características³⁶⁵:

“...tanto la disposición del cliente a cambiar de proveedor como la posibilidad de una empresa proveedora de ofertar mejores precios se ven incrementadas en la medida que el nivel de consumo de oxígeno es mayor, por cuanto ambas partes tendrán mayor disposición a absorber el costo de la inversión inicial. Por el contrario, cuando los clientes son pequeños, las inversiones requeridas son también bastante menores.”
(Subrayado agregado)

578. En relación con la segunda etapa, la ubicación de las plantas de llenado y de producción, tal como se detalló en apartados anteriores, dotó aún de ventajas a las empresas para abastecer zonas cercanas. No obstante ello, ninguna de las apelantes realizó ofertas económicas fuera de su área típica de aprovisionamiento a EsSalud durante el periodo materia de investigación.

579. Al margen de que las denunciadas sí se encontraron en capacidad de abastecer fuera de las zonas donde típicamente obtenían la Buena Pro, estas afirmaron que los precios iguales o cercanos al máximo permitido en las bases durante la primera etapa se encontrarían justificados por las altas barreras a la entrada existentes, las cuales representaban una ventaja competitiva significativa en comparación con otras empresas³⁶⁶.

580. Para analizar dicha alegación, debe evaluarse el contexto en que se llevaron a cabo las decisiones de las empresas. En particular, conviene tomar en consideración la situación en la que se encontraban las empresas en el año

³⁶⁴ En particular, Aga indicó que los requisitos representaban barreras de entrada a las pequeñas empresas entrantes, mas no a las incumbentes: “...los requisitos antes descritos elevaban significativamente las inversiones que debían realizar las empresas que interesadas en suministrar oxígeno medicinal a ESSALUD y, por tanto, terminaban por excluir a las empresas de menor tamaño que (a pesar de estar en capacidad de producir oxígeno medicinal) no estaban en condiciones de producir los grandes volúmenes requeridos por ESSALUD...” (Ver foja 5099 del expediente).

³⁶⁵ Ver foja 1807-1808 del expediente.

³⁶⁶ Así, por ejemplo, Aga indicó que los requisitos de las bases implicaban plazos tan cortos y a la vez un nivel de riesgo que otorgaba a Aga una “ventaja comparativa inigualable” en el norte. Del mismo modo, ello habría hecho inviable ingresar a otras zonas. (Ver foja 5106 del expediente). Ello habría explicado que Aga ofertara precios iguales o cercanos al 110% durante la primera etapa (ver foja 5110 del expediente).

1999³⁶⁷, a fin de evaluar si los precios ofrecidos eran consistentes con el citado contexto y las características propias de la industria.

581. Entre 1998 y el 2001 se experimentó un periodo de recesión acompañado por una etapa posterior de bajo crecimiento económico que afectó las diferentes actividades productivas en el país³⁶⁸, lo cual a su vez repercutió en una menor demanda de oxígeno por parte del segmento industrial. Esta caída en la demanda perjudicaba a las empresas, pues en el caso Aga y Praxair, estas debían garantizar un nivel mínimo de producción para mantener su planta en operación durante las 24 horas. Por su parte, en dicho periodo Messer aún no contaba con una planta de producción y se dedicaba únicamente a la comercialización.

582. De acuerdo con la información presentada por Praxair³⁶⁹, su capacidad instalada ascendía a 59.67% en el año 1999, nivel inferior al necesario para mantener su planta funcionando las 24 horas. La empresa detalló lo siguiente respecto al funcionamiento de su planta³⁷⁰:

“Una característica del proceso productivo es que una vez encendida, la planta operará por lo menos al 70% de su plena capacidad. Si la demanda disminuye, la única manera de reducir significativamente la capacidad utilizada diaria o mensual es dejando de producir por periodos determinados de tiempo.” (Subrayado agregado).

583. Por consiguiente, durante el año 1999 Praxair se encontraba en la necesidad de incrementar su abastecimiento en el segmento medicinal, pues la demanda correspondiente al segmento industrial se vio reducida por el contexto económico enfrentado en tal momento³⁷¹.

³⁶⁷ De hecho Praxair señaló en carta remitida a EsSalud la reducción de su cartera de clientes producto de la situación económica del país. (Ver fojas 1071-1072 del expediente).

³⁶⁸ Al respecto ver: YAMADA, Gustavo y CASTRO, Juan Francisco. *“La economía peruana en la última década: Mejor desempeño y mayor resiliencia a las crisis”*. Disponible en: http://www.up.edu.pe/ciup/SiteAssets/Lists/JER_Jerarquia/EditForm/La%20econom%C3%ADa%20peruana%20en%20la%20%C3%BAltima%20d%C3%A9cada.%20Mejor%20desempe%C3%B1o%20y%20mayor%20resiliencia%20a%20las%20crisis.pdf (Consultado el 20 de mayo de 2013). En similar sentido, ver: BERRÓSPIDE, José. *“Fragilidad bancaria y prevención de crisis financiera en Perú: 1997-1999”*. Disponible en: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Estudios-Economicos/08/Estudios-Economicos-8-5.pdf> (Consultado el 20 de mayo de 2013).

³⁶⁹ Opinión Técnica Intelfin, presentada por Praxair mediante carta con fecha 5 de mayo de 2008. (Ver foja 2345 del expediente).

³⁷⁰ Opinión Técnica Intelfin, presentada por Praxair mediante carta con fecha 5 de mayo de 2008. (Ver foja 2326 del expediente).

³⁷¹ El efecto contrario —es decir, abastecer al sector industrial en épocas de crecimiento económico— ha sido reconocido por Praxair: *“...es claro que el mercado de oxígeno medicinal es residual frente al del oxígeno industrial, pues cuando se incrementa la demanda de este último se reduce inmediatamente la oferta en el mercado de oxígeno medicinal. De hecho, este fenómeno ocurre en la actualidad, impulsado por el crecimiento de la actividad industrial en el Perú y el consecuente incremento de la demanda de oxígeno para fines industriales.”* (Ver foja 5009 del expediente).

584. Es así que al inicio del periodo investigado, dicha empresa enfrentó las siguientes condiciones: (i) el mercado medicinal cobró importancia; y, (ii) contaba con capacidad instalada disponible para abastecer a un mayor volumen de clientes medicinales que debía ser utilizada para incrementar la capacidad en uso al 70%, de tal forma que pudiera ser rentable mantener la planta en funcionamiento durante las 24 horas³⁷².
585. Si bien posteriormente la capacidad en uso se incrementó hasta llegar a un 93.41% en el año 2004, la importancia del oxígeno medicinal fue especialmente relevante entre los años 1999 y 2001, años de mayor incertidumbre para las investigadas y en los cuales justamente los precios adjudicados experimentaron una tendencia al alza.
586. Una situación de incertidumbre respecto de la demanda futura de oxígeno haría suponer que las empresas no se arriesgarían a presentar ofertas cercanas al valor máximo permitido en cada proceso, pues existirían probabilidades de que otra de las denunciadas participara y obtuviera la Buena Pro en dicho mercado. Para minimizar este riesgo, se esperaría que un agente racional presentara ofertas con valores inferiores al de referencia, tal como ocurrió durante la segunda etapa.
587. No obstante, el comportamiento de las empresas resulta inconsistente con un escenario de incertidumbre donde debían enfocarse en mantener mercados para garantizar cierto nivel de demanda, pues durante la primera etapa las empresas se arriesgaron ofreciendo precios iguales o muy cercanos al 110%. En otras palabras, parecería que hubiesen tenido la certeza de que ninguna otra de las imputadas ingresaría a su zona, pese a que no existían barreras de entrada aplicables a ellas que les impidieran competir por un mismo ítem.
588. Tal como ha sido evaluado en el presente acápite, durante todo el periodo investigado, las barreras de entrada no habrían impedido el ingreso de las denunciadas a zonas diferentes a las que típicamente abastecieron. Particularmente en la primera etapa, las barreras de entrada alegadas por las investigadas no eran susceptibles de generar la certeza de que una empresa no entraría a competir por la zona donde tradicionalmente abastecía otro competidor.
589. Por lo expuesto, la hipótesis alternativa referida a que las barreras de entrada contenidas en las condiciones de las bases de EsSalud definieron el comportamiento en el mercado, debe ser desestimada.

³⁷²

Cabe resaltar que incluso en el año 2000 la capacidad instalada en uso llegó al 69.57%. (Ver foja 2345 del expediente)

III.6.4.5 Cambios en el funcionamiento propio de empresas lleva a incursionar en zonas distintas

590. Las apelantes señalaron que fueron factores propios del funcionamiento de cada empresa y no una conducta concertada lo que las llevó a incursionar en otros mercados a partir de la LP 0399L00091 de 2004-2005.
591. Por un lado, Messer indicó que existieron tres razones para que decidiera ingresar a la zona norte desde junio de 2004: (i) la mayor capacidad de inversión de la empresa; (ii) la pérdida de su ventaja comparativa en el suministro en la zona centro; y, (iii) el mayor volumen de oxígeno disponible para venta a terceros.
592. De acuerdo con Messer, la empresa obtuvo mayor capacidad de inversión a partir de la confirmación de que las acciones en el Perú no serían vendidas y permanecerían dentro del grupo económico que las lideraba, lo cual cambió la estrategia de mantenimiento de clientes a una de expansión en el mercado. No obstante, no se ha encontrado evidencia en el expediente que indique que en el 2004 se tomó la decisión de mantener a Messer dentro del grupo económico al que pertenece y que esto implicaría un cambio de estrategia hacia la expansión.
593. A su vez, Messer alegó que perdió la ventaja comparativa de suministro en la zona centro, al no obtener la Buena Pro en la LP 0399L00091 de 2004-2005 en lo correspondiente a los ítems de oxígeno líquido. La empresa manifestó que este hecho la habría llevado a incursionar en la zona norte proveyendo oxígeno gaseoso, pues tendría ventajas en el abastecimiento a dicha zona.
594. Tal como fue descrito en apartados anteriores, la afirmación previa demuestra que Messer se encontró en capacidad de participar en la zona norte durante todo el periodo investigado debido a la ventaja competitiva que le otorgaba la ubicación de sus plantas de producción y llenado en el norte. Esta situación se acentuó durante la segunda etapa, en la que existió una separación de ítems que exigía un menor volumen de abastecimiento por ítem. Sin embargo, no fue sino hasta la LP 0399L00091 de 2004-2005 que Messer decidió incursionar en el norte, obteniendo la Buena Pro en Ancash y La Libertad. Este mismo resultado se observó en las Adjudicaciones de 2005-2006, mientras que en la LP 0599L00081 de 2006-2007 obtuvo la Buena Pro en Lambayeque, Piura, Tumbes, Ancash y La Libertad, a prorrata con Praxair y Aga.
595. Finalmente, respecto de la mayor disponibilidad de oxígeno para terceros, Messer, a través del informe elaborado por Apoyo, señaló que SiderPerú habría variado en menor medida sus requerimientos de oxígeno, por lo que estabilizó la disponibilidad de oxígeno líquido.

596. De la revisión del mencionado documento se aprecia que, contrariamente a lo señalado por Messer, si bien la variabilidad se redujo, el volumen demandado por SiderPerú se incrementó. Ciertamente, el promedio de oxígeno demandado a Messer se incrementó de 485,186 m³ en promedio por mes entre 2002 y 2003 a 502,447 m³ en promedio por mes entre 2004 y 2005³⁷³, de manera que, en la práctica, la disponibilidad de oxígeno fue menor respecto de los años anteriores.
597. En tal sentido, lo argumentado por Messer en este punto no explica la participación de dicha empresa en otras zonas solo a partir del 2004, puesto que desde ese año se verificó que existieron mayores requerimientos de oxígeno por parte de SiderPerú y, por tanto, hubo menor disponibilidad de oxígeno para terceros.
598. Praxair, por su parte, indicó que solo cuando logró mejorar su estructura productiva invirtiendo en instalaciones y equipamiento, pudo incursionar en nuevas zonas. En tal sentido, argumentó que solo una vez que entraron en operación sus dos plantas VPSA en el año 2004, la empresa pudo liberar capacidad de su planta ASU para abastecer a otros clientes, tales como EsSalud³⁷⁴. A partir de ello, habría logrado participar en Junín en las Adjudicaciones de 2005-2006 y en otras zonas a partir de la LP 0599L00081 de 2006-2007.
599. Sobre tal argumento, la Sala ha identificado que la empresa brindó razones adicionales a la falta de capacidad disponible para no incursionar en zonas fuera de Lima y el sur durante el periodo investigado. La empresa alegó que no solo debía considerarse la capacidad de abastecer, sino también la de hacerlo de manera rentable. Así, indicó que no participó en el norte o el centro pues tenía inconvenientes como el no contar con un adecuado sistema de distribución, cilindros, tanques criogénicos y otras instalaciones fuera de las zonas donde típicamente abastecía. En particular, la empresa indicó lo siguiente³⁷⁵:

“...se puede colegir que la capacidad de participar rentablemente en mercados de oxígeno medicinal distintos a aquellos donde los agentes están naturalmente ubicados no depende exclusivamente de la capacidad instalada de producción total de oxígeno de los mismos, sino además de la capacidad disponible (no comprometida mediante contratos de largo plazo con clientes industriales), de la capacidad de distribución y transporte del producto, así como de los precios y plazos ofrecidos por el comprador.”

³⁷³ Ver foja 2401 del expediente.

³⁷⁴ Asimismo, instaló un “Tanque de Oxígeno Gaseoso” que le permitió almacenar oxígeno para aquellos momentos en que tuviera una demanda superior a su oferta de oxígeno. En tal sentido, pudo enfrentar mejor las fluctuaciones de demanda de sus clientes *on site*. (Ver foja 5030 del expediente).

³⁷⁵ Ver foja 5010 del expediente.

600. A criterio de este Colegiado, si Praxair hubiese sido consecuente con sus afirmaciones, debió haber acreditado que existió una reducción en los costos de distribución y suministro del oxígeno medicinal en atención a la cual se encontró realmente en posibilidades de participar en otras zonas. Ello en la medida que, como se señaló en apartados previos, la mayor disponibilidad de oxígeno no habría sido un factor determinante para expandir su oferta a otras zonas, al demostrarse que la empresa siempre tuvo capacidad disponible para abastecer al norte y al centro. No obstante, la empresa no cumplió con acreditar dicha reducción de costos logísticos, por lo que la Sala considera que durante el periodo investigado, se encontró en capacidad de abastecer de manera rentable a EsSalud.
601. Asimismo, no resultaría consistente ni eficiente económicamente que Praxair haya decidido ampliar sus inversiones e ingresar a nuevas zonas de abastecimiento cuando los precios experimentaron una reducción respecto de los periodos anteriores y los cambios en las bases no implicaron reducciones significativas de costos –tal como se evaluó en el apartado anterior–, puesto que como la propia empresa afirmó, solo ampliaría su red de contar con clientes rentables³⁷⁶.
602. Por el contrario, se esperaría que una empresa decidiera invertir en ampliar su capacidad y equipos en zonas donde observara que podría obtener beneficios adicionales. Específicamente, Praxair indicó que sería necesario que los precios ofertados en otras zonas justifiquen su incursión en nuevos mercados³⁷⁷. Así, señaló lo siguiente:

“El signalling se hace precisamente para enviar la señal al mercado de cuáles son los precios a los que el agente estará dispuesto a hacer las inversiones necesarias para incursionar en dicho mercado.” (Subrayado agregado)

603. No obstante, se verificó un comportamiento opuesto en el caso de Praxair, pues amplió sus zonas de abastecimiento luego de que los precios se redujeran significativamente, contrariamente a lo que había afirmado³⁷⁸. Ello puede observarse en el Cuadro N°30, donde se comparan los precios que Praxair indicó la llevarían a incursionar en nuevas zonas, comparados con

³⁷⁶ En particular, Praxair señaló lo siguiente: “Ampliar la red de distribución sólo tendrá sentido si es que se dispone de mayores niveles de producción y se cuenta con clientes potenciales rentables por periodos razonables de tiempo.” (Ver foja 2334 del expediente).

³⁷⁷ Ver foja 5048 del expediente.

³⁷⁸ Praxair indicó lo siguiente respecto de la rentabilidad de abastecer a la zona norte o centro: “... la Comisión supone que abastecer a ESSALUD en el norte y centro del país con las inversiones adicionales que esto implicaba (como plantas de llenado y plantas in situ en los hospitales de ESSALUD) para atender contratos de corto plazo, constituía una opción rentable para Praxair.” (Ver foja 5032 del expediente).

los precios que, efectivamente, generaron su incursión en las zonas norte y centro a partir de las Adjudicaciones de 2005-2006³⁷⁹.

Cuadro N°31
Comparación de precios ofertados a través
de señalización y precios efectivamente
recibidos por Praxair luego del periodo
investigado – zona centro

	Precio ofertado en LP 053-ESSALUD-99	Precio recibido Adjudicaciones 2005-2006	Precio recibido LP 0599L00081
G.D. Junin (Oxígeno líquido)	11.39	2.67	3.31
G.D. Huánuco (Oxígeno gaseoso)	12.20	-	3.25
G.D. Junin (Oxígeno gaseoso)	11.50	-	3.25
G.D. Pasco (Oxígeno gaseoso)	13.42	-	3.25

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-SDC

604. Finalmente, en relación con Aga, esta empresa señaló que únicamente se encontró en capacidad de abastecer a otras zonas al ver reducidos los costos de aprovisionamiento de oxígeno, al experimentar una reducción significativa de los precios de transferencia³⁸⁰ después del periodo investigado.
605. Al respecto, esta Sala coincide con la Comisión en que dicha justificación hacía referencia a factores internos de la empresa, que no obedecieron a una reducción real de costos, por lo que estos no podrían explicar el comportamiento de Aga con posterioridad al periodo investigado³⁸¹.
606. De otro lado, Aga señaló que su decisión de abstenerse de incursionar en otras zonas también se debió a que no se encontró en capacidad de instalar tanques criogénicos, lozas de concreto, redes troncales, entre otros requerimientos complementarios solicitados por EsSalud durante el periodo

³⁷⁹ Si bien se están comparando periodos diferentes y en los cuales las condiciones de las bases eran distintas, tal como se determinó en el apartado referido a barreras, los cambios en las bases únicamente ejercieron una influencia importante sobre las pequeñas empresas y no sobre las recurrentes, puesto que estas contaban con el capital necesario para incursionar en nuevos puntos y aprovechar las ventajas involucradas en la provisión conjunta de un bloque de puntos de abastecimiento, considerando que se trata de una industria con importantes costos fijos. Incluso suponiendo que los costos involucrados en el abastecimiento fueron superiores durante la primera etapa para las apelantes, estos no se redujeron de manera tal que justifique la incursión de las investigadas en zonas en las que indicaron necesitarían un incremento significativo de precios para hacerlo.

³⁸⁰ Para la definición de precio de transferencia, ver nota al pie 39.

³⁸¹ Ello especialmente si se considera que la propia Aga señaló que el costo de producir oxígeno era solo una fracción del costo total involucrado en la producción, comercialización y distribución del servicio integral prestado por Aga. (Ver foja 1804 del expediente).

investigado. Sin embargo, sostuvo que de manera posterior a este periodo sí se pudieron llevar a cabo dichas inversiones, las cuales habrían explicado el incentivo de incursionar en otras zonas.

607. De la información remitida por Aga, se ha identificado que esta empresa realizó inversiones destinadas a mejorar su capacidad instalada durante los años 1998 y 1999. No obstante, no se han identificado evidencias sobre inversiones significativas a partir de 2004 fecha en que decidió incursionar en otras zonas fuera del norte en donde típicamente abastecía en el referido periodo, en especial, para el abastecimiento de oxígeno líquido.

608. En tal sentido, Aga no acreditó cómo es que a partir del año 2004 sí se encontró en mejores condiciones para asumir los costos que implicaban los requerimientos de abastecimiento de oxígeno líquido efectuados por EsSalud, lo cual hubiese servido de sustento para su decisión empresarial de incursionar en nuevos mercados.

609. Finalmente, este Colegiado considera que si las inversiones requeridas por EsSalud para el abastecimiento hubiesen sido irre recuperables o irrealizables, tal como lo han planteado las denunciadas a lo largo del procedimiento, empresas tales como Oxyman, Oxicusco o Tecnogas, de mucho menor tamaño y capacidad que las imputadas, no habrían logrado participar en el mercado de oxígeno medicinal a partir de la LP 0199L00052 de 2002-2003.

610. En consecuencia, la Sala concluye que el comportamiento de las empresas de incursionar en nuevos mercados no habría estado explicado por incrementos en las inversiones que tuvieron lugar al final del periodo investigado o luego de este, ni por cambios en sus costos.

III.6.4.6 Altos costos involucrados en el requerimiento de la LP 0199L00051 de 2001 generaron la abstención de las investigadas

611. Como se mencionó en el apartado correspondiente a la descripción de indicios, la Comisión identificó que, durante la LP 0199L00051 de 2001, las tres empresas investigadas se abstuvieron de participar.

612. Las recurrentes manifestaron motivos similares para no participar en dicho proceso. Así, alegaron que el incremento en sus costos no habría estado reflejado en los valores de referencia determinados por EsSalud, por lo que la decisión más eficiente desde una perspectiva económica y empresarial era la de abstenerse de participar en la licitación.

613. A fin de verificar este argumento planteado por las apelantes, este Colegiado ha considerado pertinente evaluar las cotizaciones³⁸² presentadas en la LP 0199L00051 de 2001.
614. En particular, se compararán las diferentes cotizaciones realizadas para cada entidad demandante de oxígeno medicinal. Como se observa en el Cuadro N°32 y en el Cuadro N°33, las cotizaciones son bastante similares dentro de cada ítem. Ello a pesar de que las apelantes señalaron a lo largo del procedimiento que quienes obtenían la Buena Pro en cada zona poseían una ventaja competitiva, lo cual tendría que verse reflejado en el menor precio ofertado en las cotizaciones.

Cuadro N°32
Cotizaciones de empresas investigadas de oxígeno gaseoso en la
LP 0199L00051

Ítem	Órganos Desconcentrados	Oxígeno Gaseoso				
		LP 053-ESSALUD-99 Precio adjudicado (S/.)	Aga	Messer	Praxair	Desviación Estándar
1	Gerencia Departamental Amazonas	16.85	23.50	24.07	24.31	0.34
	Gerencia Departamental Cajamarca	7.00	9.80	10.00	10.09	0.12
	Gerencia Departamental Lambayeque	6.97	9.80	10.00	10.09	0.12
	Gerencia Departamental Piura	8.38	11.75	11.99	12.10	0.15
	Gerencia Departamental Tumbes	8.39	11.75	11.99	12.10	0.15
2	Gerencia Departamental Ancash	5.85	8.20	8.36	8.45	0.10
	Gerencia Departamental La Libertad	6.89	9.65	9.84	9.94	0.12
3	Gerencia Departamental Apurímac	14.50	21.84	21.20	21.50	0.26
	Gerencia Departamental Ayacucho	12.14	17.92	17.40	17.80	0.22
	Gerencia Departamental Huancavelica	13.71	20.09	19.50	20.26	0.33
	Gerencia Departamental Huánuco	11.67	17.10	16.60	17.27	0.28
	Gerencia Departamental Junín	11.04	16.17	15.70	16.30	0.26
	Gerencia Departamental Pasco	12.84	18.85	18.30	18.99	0.30
4	Gerencia Departamental Cusco	12.30	18.11	17.93	17.58	0.22
	Gerencia Departamental Madre de Dios	20.10	29.60	29.31	28.74	0.36
	Gerencia Departamental Moquegua	11.78	16.83	16.67	16.34	0.20
	Gerencia Departamental Puno	14.15	20.84	20.83	20.12	0.34
5	Gerencia Departamental Lima	5.81	8.65	8.57	8.40	0.10
	Centro de Hemodiálisis	5.81	8.65	8.57	8.40	0.10
	Gerencia Central de Programas	5.81	8.65	8.57	8.40	0.10
6	Hospital Nacional Guillermo Almenara	5.81	8.65	8.57	8.40	0.10

Fuente: EsSalud
Elaboración: ST-SDC

(VER CUADRO N°33 EN LA PÁGINA SIGUIENTE)

³⁸²

Se ha considerado la última cotización presentada ante el Comité Especial, mediante carta con fecha 26 de junio de 2001.

**Cuadro N°33
Cotizaciones de empresas investigadas de oxígeno líquido en
la LP 0199L00051**

Ítem	Órganos Desconcentrados	Oxígeno Líquido				
		LP 053-ESSALUD-99 Precio adjudicado (S/.)	Aga	Messer	Praxair	Desviación Estándar
1	Gerencia Departamental Amazonas					
	Gerencia Departamental Cajamarca					
	Gerencia Departamental Lambayeque		9.70	9.89	9.99	0.12
	Gerencia Departamental Piura		11.70	11.93	12.05	0.15
	Gerencia Departamental Tumbes					
2	Gerencia Departamental Ancash	5.78	8.10	8.26	8.34	0.10
	Gerencia Departamental La Libertad	6.81	9.50	9.74	9.84	0.14
3	Gerencia Departamental Apurímac					
	Gerencia Departamental Ayacucho					
	Gerencia Departamental Huancavelica					
	Gerencia Departamental Huánuco					
	Gerencia Departamental Junín	10.89	15.97	15.50	16.12	0.26
4	Gerencia Departamental Pasco					
	Gerencia Departamental Cusco					
	Gerencia Departamental Madre de Dios					
	Gerencia Departamental Moquegua					
5	Gerencia Departamental Puno					
	Gerencia Departamental Lima					
	Centro de Hemodiálisis					
6	Gerencia Central de Programas					
	Hospital Nacional Guillermo Almenara	5.06	7.60	7.53	7.38	0.09

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-SDC

615. Así, se esperaría que Praxair ofertara precios muy superiores en zonas fuera de Lima y del sur. Por otro lado, la empresa que típicamente abasteció la zona norte, es decir, Aga, al contar con una ventaja comparativa debió realizar cotizaciones significativamente inferiores a las del resto de las empresas en tal zona, lo cual no se produjo. De la misma manera, se esperaría que Messer hubiese realizado cotizaciones para la zona centro, inferiores a las del resto de empresas, reflejando así su ventaja competitiva. Pese a ello, tal como puede observarse en el Cuadro N°32 y en el Cuadro N°33, no existió una dispersión significativa entre las cotizaciones, pues las presentadas por las tres empresas fueron similares para una misma entidad demandante de oxígeno medicinal.
616. Además de la comparación de cotizaciones entre empresas, se considera pertinente evaluar la variación de costos alegada por las recurrentes, con el objetivo de identificar si dichos cambios justificarían el incremento experimentado en las cotizaciones.
617. Sobre este punto, las denunciadas señalaron que los incrementos en sus cotizaciones, (ascendentes aproximadamente al 40% del valor de referencia de la licitación previa), obedecían principalmente a los siguientes factores: (i) incremento en precios de la energía, (ii) incremento en precios del

combustible, (iii) incremento en el tipo de cambio o depreciación del nuevo sol; y, (iv) aumento de regalías pagadas a su casa matriz³⁸³.

618. En cuanto a los incrementos en los precios de energía, EsSalud identificó un incremento del orden del 1.9% en el precio de energía eléctrica entre abril del 2000 y marzo de 2001³⁸⁴. La Secretaría Técnica de la Comisión, por su parte, determinó una variación acumulada de -0.19% en el precio de la energía durante el año 2000. Por consiguiente, durante el periodo evaluado, los incrementos en el precio de la energía habrían sido poco significativos o incluso negativos.
619. Asimismo, de la revisión efectuada por esta Sala al contrato suscrito entre Messer y SiderPerú, puede concluirse que es esta última quien asumía los costos de la energía, por lo que esta empresa en particular no se vería afectada ante un eventual incremento de precios³⁸⁵. No obstante, de acuerdo con la información remitida posteriormente por Messer, esta última asumiría parte de los costos.
620. De otro lado, en relación con los costos de combustible, EsSalud identificó un incremento acumulado del orden del 10.8% entre abril de 2000 y marzo de 2001 en el Índice de Precios al por Mayor de productos de refinería del petróleo. La Secretaría Técnica de la Comisión, por su parte, identificó un incremento acumulado en el precio del petróleo WTI ascendente a 17.2% acumulado a noviembre de 2000³⁸⁶. Por tanto, de acuerdo con los cálculos de primera instancia, el incremento máximo al que podrían haber ascendido las cotizaciones de las empresas era de 17.2%, en el caso de los precios del combustible³⁸⁷.

³⁸³ Al presentar sus alegatos, Aga y Praxair señalaron que tanto la depreciación del nuevo sol como las regalías que debían pagar a su casa matriz incrementaron sus costos. No obstante, no fueron factores considerados por las empresas al dar respuesta a EsSalud respecto del incremento en sus cotizaciones. (Ver por ejemplo respuesta de Praxair, fojas 1071 y 1072 del expediente). Si bien Praxair señaló que los costos de energía debieron ser evaluados considerando el tipo de cambio, ello no fue indicado en su debido momento a EsSalud. De igual forma, Aga tampoco mencionó los incrementos en tipo de cambio o regalías (ver fojas 1075 y 1076 del expediente). En particular, en el caso de Aga se pudo observar una reducción en las regalías en el año 2001 respecto del año 2000 y que estas nunca llegaron a superar el 2.14% del total de ventas durante el periodo investigado. (Ver fojas 2622 y 2633 del expediente). Sin perjuicio de ello, dado que estos factores no se indicaron ni por Praxair ni por Aga como razones del incremento en sus cotizaciones cuando fueron cuestionadas sobre este punto por EsSalud, dichos factores no serán considerados en la evaluación. En relación con Messer, cabe resaltar que esta empresa no presentó respuesta a EsSalud respecto del cambio en sus precios, de acuerdo con lo señalado por dicha entidad a foja 1091 del expediente.

³⁸⁴ De acuerdo con el Informe N° 087-SGBYEM-GP-GCLO-ESSALUD-2001. (Ver foja 1091 del expediente).

³⁸⁵ Ello de acuerdo con lo indicado en la cláusula 3.6 del contrato suscrito entre Messer y SiderPerú. (Ver foja 2224 del expediente).

³⁸⁶ Ver foja 4282 del expediente.

³⁸⁷ Cabe resaltar que la Comisión halló una variación acumulada del precio de la energía en el año 2000 de -0.19%.

621. A su vez, en el caso de Aga, se ha podido verificar que sus contratos con los transportistas incluían un ajuste por fluctuación de precios del combustible, los cuales trasladaban los cambios en el precio del Diesel a Aga en un 10% de una tarifa fija y en un 50% variable. Esta tarifa variable era cobrada únicamente si Aga superaba un determinado número de kilómetros estipulado en el contrato y a partir del cual los precios por kilómetro recorrido se reducían significativamente³⁸⁸. Por consiguiente, en el caso particular de esta empresa, no se le trasladaría la totalidad de los cambios en el precio del combustible.
622. En relación con los contratos presentados por Praxair, no se ha podido identificar una cláusula de ajuste de precios por cambios en los precios del combustible, por lo que al tercerizar el servicio, la empresa no asumiría los cambios en dichos precios mientras dure el contrato con la compañía de transportes³⁸⁹.
623. En atención a lo expuesto, ha quedado acreditado que el incremento en costos manifestado por las imputadas no resulta concordante con el aumento en costos que efectivamente se produjo. En tal sentido, se ha verificado que las denunciadas solicitaron un incremento de aproximadamente el 40% en sus cotizaciones, mientras que los precios de los insumos se elevaron entre 12.9% (10.8% en el precio del combustible y 1.9% en el precio de la energía)³⁹⁰ a un máximo de 17.2% durante el periodo analizado.
624. Adicionalmente, pese a que las denunciadas alegaron que obtenían beneficios extraordinarios durante la primera etapa³⁹¹ y que, por tanto, se encontraron en capacidad de continuar abasteciendo a costa de una reducción de sus márgenes, todas decidieron abstenerse de participar. Este comportamiento implicó renunciar a una oportunidad de negocio que les hubiese generado utilidades, sobre todo considerando el alto componente de costos fijos que debían cubrir, lo cual debió haber incentivado a la maximización de sus ventas.

³⁸⁸ Así, por ejemplo, se observa que en el contrato celebrado entre Aga y la empresa Transportes "J C", Aga paga un valor fijo equivalente a S/. 2,500 por los primeros 1,000 kilómetros (o S/. 2.50 por kilómetro), mientras que si se supera dicho kilometraje, se cobra un monto de S/. 0.40 por kilómetro adicional. (Ver fojas 3038-3040 del expediente).

³⁸⁹ Cabe resaltar, en relación con la empresa Messer, que esta no presentó contratos de tercerización de servicios de transporte.

³⁹⁰ Si bien dichos montos no suman 12.9%, ello corresponde al redondeo realizado. (Ver foja 1091 del expediente).

³⁹¹ Sobre el particular, Aga indicó lo siguiente: "...consideramos importante recordar que el hecho de que una empresa aprovechando las barreras de entrada presentes en el mercado, ofrezca precios que superan su costo marginal de producción no constituye una práctica que atente contra las normas de la libre competencia." (Subrayado agregado) (Ver foja 5111 del expediente).

625. Por otro lado, no sería del todo cierto que las apelantes hayan tenido que afrontar al 100% los incrementos en costos, lo cual se desprende de la revisión de los contratos de las imputadas. Por ejemplo, en el caso de Aga, el cambio en los precios del combustible fue asumido en parte por las empresas con las que tercerizaba el servicio de transporte.
626. Finalmente, respecto de la abstención de las empresas, Messer señaló en su apelación que Indura tuvo el mismo comportamiento que las investigadas y ello no implicaría que esta empresa haya participado de un acuerdo.
627. Al respecto, deben considerarse dos aspectos que diferencian a Indura de las tres investigadas: (i) no cambió de estrategia, pues mantuvo la conducta de abstenerse de participar que había llevado a cabo durante los dos procedimientos anteriores; y, (ii) fue la única que explicó a EsSalud su estructura de costos al preguntarle las razones de la abstención³⁹². En atención a ello, la comparación efectuada por Messer no resulta pertinente, motivo por el cual corresponde desestimar su cuestionamiento.
628. Por los fundamentos detallados previamente, este Colegiado concuerda con la Comisión en que la decisión de las denunciadas de abstenerse de realizar ofertas en la LP 0199L00051 de 2001 no puede ser sustentada por un aumento en sus costos de producción y distribución y menos aun considerando la similitud observada en las cotizaciones, la cual contradice la supuesta ventaja comparativa que habría impedido a las demás empresas incursionar en zonas que tradicionalmente abastecía otra empresa. Por tanto, corresponde descartar esta hipótesis alternativa planteada por las apelantes.

III.6.4.7 Auto descalificación como estrategia de señalización

629. En este extremo de sus apelaciones, las denunciadas indicaron que la estrategia de ofrecer precios superiores al máximo permitido en las licitaciones convocadas por EsSalud obedeció a una estrategia de señalización. En tal sentido, alegaron que dicha estrategia tenía por objetivo llamar la atención de EsSalud sobre la necesidad de incrementar los valores de referencia, pues solo si esto hubiese ocurrido, se habrían encontrado en condiciones de participar de manera efectiva en otras zonas distintas a las que abastecieron durante el periodo investigado.
630. La Comisión descartó la hipótesis de señalización al considerar que no sería la forma lógica de comunicar a la autoridad que los precios de referencia se encontraban muy bajos. Ello, a su entender, se debió a dos motivos: (i) EsSalud ya había manifestado que no tomaba en cuenta propuestas anteriores para la determinación de futuros precios de referencia; y, (ii) las

³⁹² Ver foja 1078 del expediente.

imputadas tenían mecanismos legales más directos mediante los cuales podían manifestar su disconformidad con los precios de referencia tales como presentar observaciones y comentarios a las bases. Por tanto, para la primera instancia la estrategia de auto descalificación representaba una forma de supervisión del acuerdo.

631. Las apelantes cuestionaron tanto esta como la primera hipótesis planteada en la resolución de imputación de cargos (Resolución 003-2008-INDECOPI/CLC del 25 de enero de 2008). Alegaron que en esta última se habría asumido que era necesario tener más de un participante por ítem para que las ofertas fueran válidas, cuando únicamente era necesaria la participación de más de un postor en todo el proceso de licitación.
632. Las denunciadas señalaron que dado que se había demostrado durante el procedimiento en primera instancia que dicha hipótesis era falsa, en lugar de haberla descartado, la Comisión adoptó una segunda hipótesis consistente en que la estrategia de auto descalificación constituía un mecanismo de control del acuerdo, hipótesis que a criterio de las empresas resultaría tendenciosa.
633. Ante dicha alegación, este Colegiado considera que, en el escenario planteado por las apelantes, incluso si los valores de referencia se incrementaran, la incumbente seguiría enfrentando menores costos, por lo que continuaría obteniendo la Buena Pro y resultaría innecesaria una estrategia de auto descalificación para obtener mayores valores de referencia.
634. Adicionalmente, llama la atención que esta estrategia no se haya presentado durante la segunda etapa en la que los precios se redujeron aún en mayor medida. Siguiendo el razonamiento planteado por las apelantes, en esta etapa habría existido incluso mayor necesidad de buscar un incremento de los valores de referencia para las empresas involucradas.
635. La Sala discrepa con ambas teorías esbozadas por la Comisión. No obstante, tampoco concuerda con la explicación planteada por las empresas, pues de ser cierto lo alegado por las apelantes, estas debieron mantener su estrategia aún con mayor razón durante la segunda etapa en la cual los precios cayeron de manera significativa.
636. La carencia de razonabilidad del mecanismo de auto descalificación como estrategia de señalización es incluso reconocida por Messer, a través de la

consultoría de Apoyo en la que sustenta su defensa. Así, dicha consultora señaló lo siguiente³⁹³:

“...con la información disponible, no se encontraría una explicación económica clara respecto de que MESSER se haya presentado a las zonas distintas a la zona centro con ofertas mayores al 110% del valor referencial, quedando estas tres propuestas desestimadas. Asimismo, la reciprocidad del comportamiento de los demás competidores, que permitió que MESSER ganara en la zona centro, tampoco podría ser explicada a partir de los beneficios individuales que generaría tal conducta.”
(Subrayado agregado)

637. Ante la ausencia de una explicación lógica sobre su proceder, la Sala considera que el comportamiento de las denunciadas parece haber estado ligado a una voluntad de brindar la apariencia de competencia efectiva en el mercado de oxígeno medicinal.
638. Debe resaltarse que el propósito de aparentar un proceso competitivo es considerado como una forma típica de proceder en casos de licitaciones colusorias, conforme lo reconocen la OECD en su *“Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas”*³⁹⁴ y la Comisión Nacional de la Competencia de España en su *“Guía sobre Contratación Pública y Competencia”*³⁹⁵.
639. Así, a pesar de que no haya sido necesario ofertar precios por encima del máximo para validar los procesos del resto de competidores, una conducta de este tipo, iría dirigida a aparentar competencia donde esta no existe, lo cual pretendería reducir las sospechas de una colusión.

³⁹³ Opinión Técnica sobre la supuesta concertación en los procesos de selección de EsSalud para el abastecimiento de oxígeno medicinal líquido y gaseoso. Apoyo Consultoría. Presentada por Messer en el marco de su defensa en Mayo de 2008. (Ver foja 2385 del expediente).

³⁹⁴ En tal sentido, en dicho documento se señaló lo siguiente:

“Las ofertas de resguardo (también llamadas complementarias, de cortesía o simbólicas) son la manera más frecuente de implementar esquemas de manipulación de licitaciones. Las ofertas de resguardo se presentan cuando personas o empresas acuerdan presentar ofertas que contemplan por lo menos un elemento de entre los siguientes: (1) un competidor acepta presentar una oferta más alta que la del ganador designado; (2) un competidor presenta una oferta que se sabe demasiado alta para ser aceptada; o (3) un competidor presenta una oferta que contiene términos especiales que se sabe son inaceptables para el comprador. La presentación de ofertas de resguardo está diseñada para aparentar una competencia genuina” (El subrayado es nuestro).

OECD. Op. Cit. Pg. 3

³⁹⁵ En dicha guía se indicó lo siguiente:

“(...) los miembros del acuerdo designados previamente para no ganar la licitación presentan ofertas que no tienen ninguna posibilidad de salir vencederas. Estas ofertas, conocidas bajo distintas denominaciones, -de resguardo, complementarias, simbólicas- pueden adoptar diversas formas, por ejemplo, los supuestos competidores pueden aceptar presentar una oferta demasiado elevada para ser tomada en cuenta, o lo suficientemente alta para superar a la acordada como ganadora, o incluir en su oferta términos especiales difícilmente aceptables por el órgano contratante. De esta manera consiguen señalar la oferta ganadora y dar apariencia de legitimidad al proceso.” (El subrayado es nuestro).

Comisión Nacional de Competencia de España. Op. Ci. Pg. 40.
189/236

640. Por tanto, este Colegiado considera que el mecanismo de auto descalificación fue una estrategia diseñada para crear la apariencia de competencia, en particular, durante la primera etapa, en la cual, debido a las condiciones impuestas en las bases de EsSalud, no era posible el ingreso de otras empresas que participaran por los ítems ofertados, además de las tres imputadas³⁹⁶. Durante la segunda etapa, en la que se incrementó el número de agentes participantes en los procesos de selección, se dejó de lado esta estrategia, puesto que ya no resultaba necesario simular la existencia de un mercado competitivo.
641. De otro lado, en relación con los valores referenciales, las denunciadas señalaron que si estos hubieran sido mayores, habrían existido incentivos para ingresar a zonas fuera de las que tradicionalmente abastecían a EsSalud en el periodo investigado. Por ello, alegaron que buscaron trasladar dicho mensaje a EsSalud mediante la realización de ofertas por encima del valor máximo permitido (110% del valor de referencia), a fin de manifestar su voluntad de participar con ofertas válidas en nuevas zonas en caso se mejoren los valores ofertados³⁹⁷.
642. En atención a lo indicado por las denunciadas, se consideró pertinente comparar el precio por encima del valor referencial, que en teoría, aceptarían las denunciadas para ingresar a zonas diferentes de las que tradicionalmente abastecían a EsSalud, con los valores de referencia ofertados durante la segunda etapa. Ello con el objetivo de comprobar, si –en caso se hubiera adoptado el supuesto “mensaje” remitido por las denunciadas a EsSalud–, estas hubieran cambiado su patrón de conducta y por lo tanto, hubieran incursionado en zonas distintas a las que usualmente abastecían.
643. Para tal propósito, se tomó como ejemplo el abastecimiento de oxígeno requerido en la zona norte, comparando el precio que se obtendría si EsSalud incrementara en 6 puntos porcentuales el valor máximo permitido (116% del valor referencial), con el valor de referencia que se presentó en la siguiente licitación, cuyos resultados se observan en el Cuadro N°34.
644. El resultado fue que en todos los casos, excepto uno, los precios de la LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001 fueron superiores a los que Praxair señaló

³⁹⁶ Se considera que si cada empresa se hubiese presentado como único postor en cada ítem, ello habría generado aún más sospechas respecto de una práctica concertada de reparto de mercado, a pesar de que legalmente este hecho no impedía a las empresas la obtención de la Buena Pro.

³⁹⁷ Cabe resaltar que Aga señaló puntualmente que al realizar sus cálculos en función a las condiciones requeridas por EsSalud obtenía valores superiores a los máximos que la entidad estaba dispuesta a aceptar. Sin perjuicio de ello, la empresa decidió presentar ofertas con precios que para ella serían razonables. (Ver foja 1834 del expediente).

en la LP 018-IPSS-98 de 1999 como aquellos que requería para participar en la zona norte³⁹⁸.

Cuadro N°34
Comparación precios ofertados
descalificados en LP 018-IPSS-
98 y precios de referencia LP
053-ESSALUD-99 – Oxígeno
gaseoso

	Valores 018- IPSS-98 al 116%	Valores 053- IPSS-99 al 100%
H.N. Almanzor Aguinaga	6.10	6.37
G.D. Piura	7.24	7.66
I.P. de Oftalmología	9.69	7.66
G.D. Tumbes	6.59	7.67
G.D. Lambayeque	5.42	6.37
G.D. Amazonas	13.69	15.39
G.D. Cajamarca	5.44	6.40
G.D. Ancash	4.73	5.37
G.D. San Martín	13.69	-
G.D. La Libertad	5.57	6.30

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-SDC

Cuadro N°35
Comparación precios ofertados
descalificados en LP 018-IPSS-98 y
precios de referencia LP 053-
ESSALUD-99 – Oxígeno líquido

Entidad	LP 018-IPSS-98 al 116%	LP 053-ESSALUD-99 al 100%
G.D. Ancash	-	5.31
G.D. La Libertad	5.57	6.22
H.N. Almanzor Aguinaga	6.10	-

Fuente: EsSalud

Elaboración: ST-SDC

645. Los resultados obtenidos en los cuadros anteriores no resultan coherentes con la presunta voluntad de las denunciadas de incursionar en nuevos mercados en caso se hubieran modificado los valores referenciales

³⁹⁸

Cabe resaltar que no se observaron cambios importantes en las condiciones de las bases que incrementarían los costos de aprovisionamiento, por lo cual ambos procesos son comparables.

propuestos por EsSalud. Pese a haberse producido una mejora en los valores referenciales que, en teoría, debieron haber estimulado a las denunciadas a incursionar en otras zonas, estas decidieron mantener su comportamiento de realizar ofertas en algunos puntos porcentuales superiores al 110%, renunciando así a la posibilidad de poder incrementar sus ganancias en los procesos de selección de EsSalud.

646. Por tanto, se concluye que el ofertar precios por encima del máximo como mecanismo de señalización no sería consistente con un comportamiento racional por parte de las empresas.
647. Existían alternativas directas mediante las cuales se podía cumplir el objetivo de conseguir un incremento de los valores de referencia de forma más eficiente tales como las cotizaciones. Asimismo, se verifica que las denunciadas brindan afirmaciones contradictorias respecto a su objetivo de ofrecer precios por encima del máximo, pues conforme se ha desarrollado párrafos arriba, las empresas no habrían ingresado a otras zonas a pesar de un incremento en el valor de referencia mayor al que indicaron en sus cotizaciones previas como el necesario para incursionar en nuevas zonas.
648. Messer señaló que en su caso, no habría cumplido con tal patrón de auto descalificación, en tanto presentó ofertas por encima del precio máximo permitido únicamente en una ocasión, mientras que en el resto de procesos se limitó a realizar ofertas y/o propuestas únicamente en su zona de abastecimiento, es decir, el centro. Sin embargo, carece de lógica que Messer haya utilizado la auto descalificación como mecanismo de señalización durante la LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001, puesto que esta habría indicado que no le sería posible competir con Aga o Praxair al adquirir el oxígeno de estas empresas.
649. En atención a los fundamentos expuestos, debe descartarse el mecanismo de señalización como una estrategia que tuvieron las empresas para obtener un incremento de los valores de referencia y, consecuentemente, de los precios. De tal modo, esta hipótesis alternativa planteada por las empresas para explicar la auto descalificación de las empresas debe ser descartada.

III.6.4.8 Colusión tácita explicada por economía experimental

650. Messer presentó un estudio de economía experimental elaborado por Apoyo³⁹⁹ titulado “*Análisis de la Verosimilitud de Prácticas Restrictivas de la Competencia en los Procesos de Adquisiciones de EsSalud en el Mercado de Oxígeno Medicinal empleando Economía Experimental*”, cuya finalidad es explicar el patrón observado por la Comisión durante el periodo investigado.

³⁹⁹ Informe elaborado por Apoyo Consultoría y presentado mediante escrito con fecha 26 de noviembre de 2010.
192/236

651. Al respecto, indicó que a partir de los resultados del referido estudio, existía la posibilidad de que se esté considerando un comportamiento competitivo (no cooperativo) como un comportamiento de colusión (cooperativo), puesto que los resultados en el mercado podían ser los mismos. En otras palabras, a decir de Messer, los indicios hallados por la primera instancia podrían haber sido causados tanto por un comportamiento competitivo como por un comportamiento colusorio.
652. De la revisión efectuada por la Sala del referido informe, se aprecia que este fue realizado con el objetivo de determinar si, bajo un escenario como el verificado durante el periodo investigado, un agente económico podría haber presentado un comportamiento similar al de Messer sin que para ello hubiese tenido que adoptar un acuerdo con sus competidores⁴⁰⁰.
653. Para realizar el experimento se seleccionó a un grupo de estudiantes universitarios y estos fueron divididos en dos grupos. En el primer grupo, se simuló un escenario en el que los miembros no podían comunicarse (escenario no cooperativo), mientras que en el segundo grupo, no existía la posibilidad de comunicación. Este último fue dividido en dos sub grupos. En el primer sub grupo no se introdujo la probabilidad de detección, mientras que el segundo sub grupo fue advertido de una probabilidad de 0.75 de que un eventual acuerdo colusorio pueda ser descubierto.
654. De la revisión del mencionado informe, este Colegiado ha identificado que existe una discrepancia entre el número de estudiantes que participó en dicho experimento. En efecto, si bien en el informe se indicó que intervinieron 48 alumnos⁴⁰¹, en el Anexo 5 del mismo informe se presenta una lista de 51 alumnos participantes⁴⁰². Adicionalmente, en las conclusiones del informe se hizo referencia a 84 participantes⁴⁰³. Dada la disparidad en el universo de alumnos comprendidos en el informe, se considerará que el experimento fue realizado sobre la base de la lista de participantes consignada en el Anexo 5.
655. De los 29 estudiantes que participaron en el experimento pertenecientes al primer grupo⁴⁰⁴, únicamente tres de ellos tuvieron el siguiente

⁴⁰⁰ Ver foja 5201 del expediente.

⁴⁰¹ Ver fojas 5199 y 5200 del expediente.

⁴⁰² Ver fojas 5237-5241 del expediente

⁴⁰³ Ver foja 5263 del expediente.

⁴⁰⁴ Tal como se indicó previamente, se considerarán los 29 estudiantes consignados en el Anexo 5 del informe que pertenecieron al primer grupo (ver fojas 5237-5241 del expediente). Si bien dentro del informe se indicó que el primer grupo estuvo compuesto por dos grupos de estudiantes de 15 y 11 personas, respectivamente, no se pudo identificar en el Anexo 5 un grupo de 11 personas, mientras que el resto de las listas coincidían con el número de participantes indicados en el informe. Por ello se asumió que la lista que no coincidía con lo indicado en el informe integrada por 14 estudiantes, correspondía a los 11 estudiantes que señalaba el informe.

comportamiento: (i) ofertaron por encima del 110% fuera de la zona donde obtenían la Buena Pro, (ii) previeron que los otros postores no ingresarían a su zona; y, (iii) redujeron sus ofertas cuando tomaron conocimiento de que en el siguiente periodo ingresarían más empresas.

656. De acuerdo con el informe, bastaría con que alguno de los participantes pertenecientes al primer grupo presente un comportamiento similar al de Messer durante el periodo evaluado para concluir que dicha empresa no participó en un acuerdo de reparto de mercado⁴⁰⁵.
657. Asimismo, en relación con el precio de competencia del oxígeno medicinal, se observó que dentro del primer grupo, los precios ofertados no siempre ascendieron al 70%, sino que en algunos casos este valor fue superior. En tal sentido, se pretende sostener que bajo un escenario competitivo, los precios no siempre serían iguales al valor mínimo, contrariamente a lo asumido por la Comisión para el cálculo de la multa.
658. Por otro lado, de lo observado en el segundo grupo que sí podía comunicarse y dentro del sub grupo que conocía que existía probabilidad de detección de la infracción, solo uno de los estudiantes decidió acordar.
659. Habiéndose descrito los resultados del informe, este Colegiado considera pertinente señalar que, al margen de las diferencias en el número de participantes detectadas, se han identificado algunos problemas en el planteamiento de los supuestos bajo los cuales se realizó el experimento que harían que no resulte pertinente la extrapolación de los resultados obtenidos al mercado de oxígeno medicinal demandado por EsSalud a través de procesos de selección.
660. En primer lugar, dentro de los supuestos del experimento no se consideró el sostenimiento del acuerdo en el tiempo, sino que bajo el escenario de comunicación (segundo grupo) se planteó la existencia de una sola licitación. Dado que en el experimento no se llegó a prever la posibilidad de que las interacciones duraran de manera indefinida⁴⁰⁶, existió un desincentivo para la adopción de un acuerdo.
661. Por el contrario, el caso evaluado no restringe la interacción de las empresas a un periodo, lo cual favorece la implementación de un acuerdo.

⁴⁰⁵ Ver foja 5203 del expediente.

⁴⁰⁶ De acuerdo con la teoría económica, para que un acuerdo sea sostenible, se debe partir del supuesto de que el horizonte temporal en que interactuarán sus miembros es indefinido. De asumir un número finito de periodos, las empresas no participarían de un acuerdo, pues existirían incentivos para el desvío. Al respecto, ver MOTTA, Massimo. Op. cit. p. 138.

662. En segundo lugar, el volumen de oxígeno medicinal disponible por empresa en el experimento generó que indefectiblemente se elija la zona centro. Este comportamiento estaría causado por las siguientes condiciones impuestas: (i) el volumen disponible permitía abastecer únicamente a la zona centro; y, (ii) si se realizaban ofertas por otras zonas que no se pudiera abastecer, se debía pagar una penalidad.
663. Estas condiciones difieren de la realidad, puesto que según ha sido desarrollado con mayor detalle en apartados anteriores, el volumen liberado de Messer proveniente de la G.D. Lima en años previos al periodo investigado permitía abastecer también al norte. A su vez, en el presente caso tampoco se verificó que EsSalud hubiera impuesto penalidades a aquellas empresas que realicen ofertas por zonas en las que no podían abastecer antes de la firma del contrato.
664. Otro de los supuestos que no resulta aplicable es que se informó a los participantes que únicamente se obtendría la Buena Pro en caso se presentaran como mínimo tres ofertas por región⁴⁰⁷. Tal como las propias empresas lo señalaron esto no ocurría en la realidad, pues solo se necesitaba de la participación de dos postores por licitación y no por ítem para validar los procesos de selección durante el periodo investigado.
665. En relación con los participantes del experimento, debe resaltarse que, a diferencia de las denunciadas, los participantes, al ser estudiantes universitarios, no conocían el funcionamiento del mercado, ni la lógica que involucra un proceso de contratación pública. Asimismo, aquellos contaron con tiempo limitado para la resolución del problema, por lo que los resultados en el experimento no podrían extrapolarse a lo acontecido en los procesos de selección convocados por EsSalud.
666. En ese orden de ideas, se aprecia que factores tales como la diferencia entre los supuestos planteados en el experimento y lo ocurrido en las convocatorias, la falta de experiencia de los participantes⁴⁰⁸ y la escasa información presentada, dio lugar a múltiples soluciones⁴⁰⁹.
667. Por último, el informe únicamente incluyó los datos detallados de las ofertas de tres personas que siguieron el comportamiento esperado por Messer y no de los demás participantes. Del mismo modo, el hecho que solo tres de los 29 estudiantes en el primer grupo haya presentado una actuación semejante a la de Messer, resulta insuficiente para demostrar que esta sería una conducta llevada a cabo por el grueso del mercado. Según se detalló

⁴⁰⁷ Ver foja 5198 del expediente.

⁴⁰⁸ Cabe resaltar que esta es una de las razones reconocidas por Apoyo como una razón de complejidad del caso.

⁴⁰⁹ Ver foja 5200 del expediente.

previamente, los resultados se ven afectados por la poca familiarización de los participantes con este tipo de experimentos, así como por el planteamiento de las bases y de ciertos supuestos considerados en el estudio.

668. Por las razones expuestas, el experimento presentado por Messer no demostró que el comportamiento de las empresas fuera producto de una colusión tácita y no de una concertación consciente.

III.6.5 Otras evidencias que según las empresas no serían compatibles con la existencia de una colusión

669. Una vez que han sido descartadas las hipótesis alternativas planteadas por las recurrentes, se considera pertinente evaluar aquella evidencia recogida de los resultados ocurridos en el mercado que, a decir de las investigadas, serían inconsistentes con la hipótesis de colusión.

III.6.5.1 La importancia de EsSalud respecto de las ventas totales de oxígeno

670. Las empresas señalaron que la importancia de EsSalud dentro del segmento medicinal era baja. Asimismo, precisaron que esta sería aún menor si se considerara su participación respecto de la totalidad del mercado de oxígeno, incluyendo el segmento industrial.
671. En particular, Aga manifestó que las ventas a EsSalud representaron el 39.3% de las ventas de la empresa en el mercado medicinal en su conjunto entre los años 1999 y 2004⁴¹⁰, mientras que la participación del resto de sus clientes medicinales se distribuyó de la siguiente manera: 25.3%, MINSA; clínicas, 23.8%; y Fuerzas Armadas, 11.5%.
672. De acuerdo con Aga, EsSalud no sería el único cliente importante dentro del mercado medicinal, sino que también el MINSA tendría una importancia creciente dentro de su cartera de clientes medicinales. Asimismo, indicó que los clientes privados en el segmento medicinal también habrían sido relevantes debido a que los contratos con dichas entidades tendrían una duración superior al año⁴¹¹.
673. Finalmente, Aga señaló que si adicionalmente se considerase al segmento industrial, la participación de EsSalud sería residual, puesto que solo comprendería el 8.54% de sus ventas de oxígeno. La empresa agregó que

⁴¹⁰ Ver foja 1787 del expediente.

⁴¹¹ En particular, se verificó que dentro de los contratos adjuntados por Aga en sus descargos al Informe Técnico de Primera Instancia, aquellos celebrados con privados tenían una duración de entre dos y tres años. No obstante, no se contó con una muestra mayor de los casos que permitiera concluir que, en efecto, los contratos con entidades privadas demandantes de oxígeno medicinal tuvieran una mayor duración.

contaría con un total de no menos de 1200 clientes a los cuales abastecía del producto.

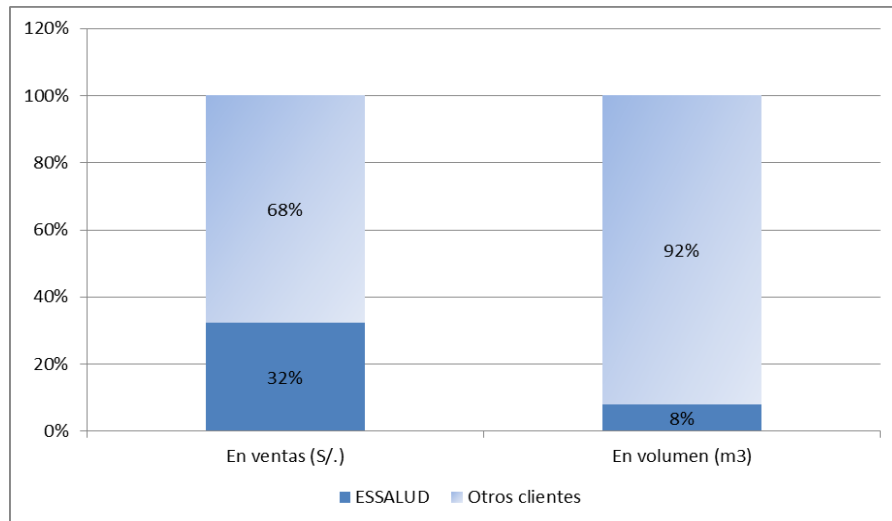
674. Messer, por su parte, indicó que dentro del mercado relevante también debía incluirse a todo el territorio nacional y al oxígeno industrial ya que su proceso productivo es el mismo que el del medicinal. En tal sentido, detalló que EsSalud representaría el 20% de las ventas de la empresa en el periodo 1999-2004 en el segmento medicinal y el 8% de sus ventas totales de oxígeno, considerando también el segmento industrial.
675. Según se aprecia, el porcentaje de ventas destinadas a EsSalud en el caso de Aga y Messer no fueron significativamente altas considerando las ventas del segmento medicinal e industrial. Sin embargo, en este punto se coincide con la Comisión en que una colusión puede presentarse incluso en un segmento que no represente un nivel alto de participación respecto del total de ventas de una empresa. En la medida que una colusión represente beneficios extraordinarios, existirán incentivos para llegar a un acuerdo cuando las características del mercado lo propicien.
676. En línea con el razonamiento planteado por estas dos empresas, Praxair también señaló la necesidad de incluir al mercado industrial a nivel nacional dentro del mercado investigado. Así, conforme indica la empresa, considerando la totalidad del referido mercado, las ventas de oxígeno a EsSalud pasaron de representar 10% en 1999 a 7.6% durante el año 2004⁴¹².
677. Respecto de esta empresa, se ha evaluado con la información que obra en el expediente la participación de EsSalud respecto de sus ventas totales de oxígeno (incluyendo el mercado de oxígeno medicinal e industrial)⁴¹³. A partir de ello, se obtuvieron los siguientes resultados:

(VER GRÁFICO N°5 EN LA PÁGINA SIGUIENTE)

⁴¹² Ver foja 2335 del expediente.

⁴¹³ En particular, se utilizó la información contenida en el CD titulado "Ventas y clientes 2000-2005" (ver foja 3369 del expediente).

Gráfico N° 5
Participación de EsSalud respecto del mercado de
oxígeno 2000-2005 - Praxair

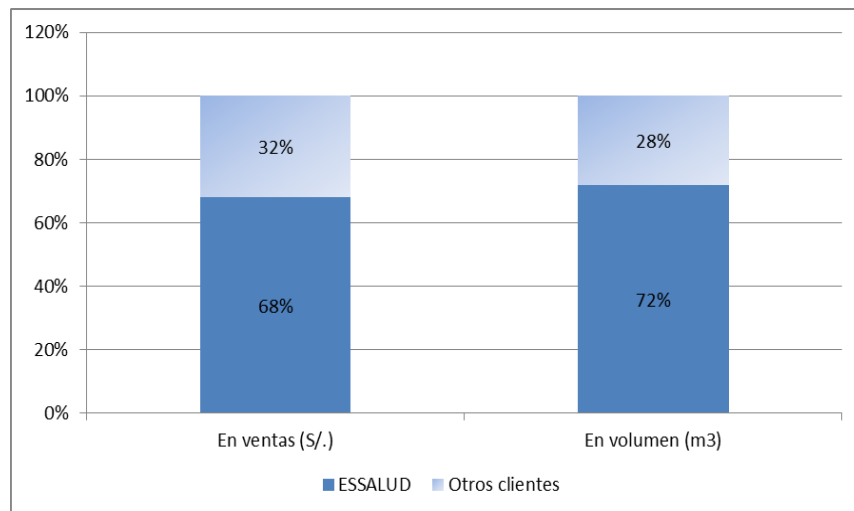


Fuente: Praxair
Elaboración: ST-SDC

678. Como se observa, si bien la participación en términos de volumen ascendió a 8%, al evaluar la participación en términos monetarios, se aprecia que EsSalud representó el 32% de los ingresos de Praxair por ventas de oxígeno entre los años 2000 y 2005, lo cual hace que dicha entidad sea un cliente sumamente importante, contrariamente a lo señalado por la empresa. La razón es que los precios a sus clientes *on site* son bajos debido a que el abastecimiento es a través de ductos y no implica mayores costos de distribución o entrega.
679. La importancia de EsSalud es aún mayor si se considera únicamente el segmento medicinal. Bajo dicho escenario, la participación de EsSalud durante el periodo 2000-2005 se incrementó a 68% en relación con las ventas y a 72% en relación con el volumen, tal como se describe en el siguiente gráfico.

(VER GRÁFICO N°6 EN LA PÁGINA SIGUIENTE)

Gráfico N° 6
Participación de EsSalud respecto del mercado
de oxígeno en el segmento medicinal 2000-2005 -
Praxair



Fuente: Praxair
Elaboración: ST-SDC

680. Por consiguiente, se ha podido corroborar sobre la base de la información presentada por Praxair que EsSalud fue un cliente importante en el periodo 2000-2005 dentro del mercado de oxígeno y más aún dentro del segmento medicinal. Al margen de que una participación reducida respecto de las ventas no desincentive la colusión, existirán aún mayores incentivos de coludir si el segmento en el que se lleva a cabo el acuerdo representa un porcentaje importante de las ventas de las empresas, como sucede en el caso de Praxair.

681. Por los motivos expuestos, este argumento de las denunciadas no permite descartar una posible colusión, por lo cual debe ser desestimado.

III.6.5.2 Precios comparados con otros mercados

682. De acuerdo con lo alegado por Praxair, de la comparación de los precios de las licitaciones y adjudicaciones ofrecidos por su empresa a EsSalud con los precios al resto de sus clientes en el mercado medicinal, se demostraría que no existió acuerdo alguno durante el periodo investigado.

683. Así, la empresa señaló que los precios cobrados a EsSalud se encontraron por debajo de los precios cobrados al resto del segmento medicinal, a

excepción de los años 2003 y 2004 en el caso del oxígeno líquido⁴¹⁴, por lo que Praxair no se encontraría en capacidad de influir sobre los precios.

684. Adicionalmente, la empresa alegó que sus precios de venta en otras zonas fuera del área en la que típicamente abasteció en el periodo investigado serían muy superiores a los precios de venta a EsSalud en Lima y en el sur y representarían un porcentaje reducido de sus ventas.
685. De otro lado, según indicó Messer, la diferencia entre los precios cobrados a EsSalud y al resto de sus clientes medicinales fue poco significativa y solo estaría explicada por costos de transporte⁴¹⁵, por lo que no habrían existido beneficios extraordinarios, el cual es el objetivo de todo cartel.
686. La Sala ha identificado que dentro de los precios promedio presentados por Messer⁴¹⁶, los precios cobrados a EsSalud son superiores a los fijados al resto del mercado medicinal a excepción del año 1999. Por el contrario, en el caso de los precios de Praxair, estos serían inferiores para EsSalud en comparación con el resto de sus clientes medicinales.
687. La variabilidad observada entre los precios de los diferentes clientes de las denunciadas estaría explicada por los distintos requerimientos exigidos por cada uno. Ello debido a que si bien el oxígeno comercializado a los diferentes clientes es perfectamente sustituto, tal y como lo han señalado las propias empresas, las condiciones de abastecimiento varían de cliente a cliente, dependiendo de sus necesidades. Así, los precios varían por factores tales como el volumen, la distancia de la planta al punto de abastecimiento, modalidad de pago, duración del contrato, entre otros.
688. Por ejemplo, en el caso de la diferencia de precios de los clientes de Praxair ubicados en las zonas norte o centro, los mayores precios en tales zonas se explicarían por los bajos volúmenes demandados —también reflejados en el reducido nivel de ventas en dichas zonas—, los cuales no harían rentable el abastecimiento a menos que se incrementen los precios. En cambio, un volumen demandado tal como el solicitado por EsSalud generaría las economías de escala suficientes para abastecer de manera rentable y con menores precios a otras zonas.

⁴¹⁴ Ver fojas 2347 y 2348 del expediente. La justificación es que este mercado afrontaría mayores barreras de entrada como consecuencia de la existencia de inversiones específicas.

⁴¹⁵ En particular, Messer señaló que los precios ofrecidos en la zona centro en la LP 018-IPSS-98 de 1999 serían similares a los ofertados a otros clientes medicinales e industriales, agregando el costo de transporte desde Lima hasta Huancayo. (Ver foja 4915 del expediente).

⁴¹⁶ A través del Informe preparado por Apoyo Consultoría para Messer el 6 de mayo de 2008 (ver foja 2399 del expediente). Dicho documento fue presentado el 7 de mayo de 2008 a fin de complementar los descargos efectuados por Messer ante la resolución de inicio de un procedimiento sancionador en su contra.

689. Por tal motivo, una comparación de precios promedio en el segmento medicinal no tendría lugar, al ser variables las condiciones de aprovisionamiento de oxígeno. Esto explicaría que los precios ofertados por las empresas investigadas a otros clientes se hayan encontrado tanto por encima como por debajo de los ofertados a EsSalud, diferencia que es reconocida por las propias empresas. En particular, Aga señaló lo siguiente⁴¹⁷:

“Por esta misma razón, las ‘soluciones integrales’ ofrecidas a cada cliente no necesariamente serán iguales para cada uno de ellos, situación que se ve reflejada en los precios que son cobrados. Y esta situación es perfectamente consistente por cuanto el suministro de oxígeno (SIC) medicinal es un servicio que se estructura en base a las características particulares de cada hospital o clínica, lo cual genera costos diferentes para los proveedores.” (Subrayado agregado)

690. Asimismo, EsSalud concentraba en el 2002, el 68% del total de demanda de oxígeno medicinal⁴¹⁸. En tal sentido, el volumen demandado era significativamente superior a los niveles demandados por otros clientes medicinales⁴¹⁹. 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.

691. Este es el caso de Praxair, puesto que, como se mencionó previamente, el 68% del total de sus ventas dirigidas al segmento medicinal en términos monetarios estuvieron destinadas a EsSalud entre los años 2000 a 2005, mientras que esta entidad representó el 72% de sus ventas en términos de volumen, por lo cual era un cliente significativo. En dicho contexto, al margen de que se trate de mercados diferentes con distintos requerimientos, se esperaba que sus precios sean menores a los ofertados a otros clientes.

692. En conclusión, los precios de los diferentes clientes no son comparables *a priori*, pues se tendrían que identificar a aquellos que tuvieran volúmenes de demanda y condiciones similares de venta para realizar una comparación apropiada. Por ello, las comparaciones de precios presentadas por las apelantes no explican ni contribuyen a descartar que haya existido un acuerdo colusorio durante el periodo investigado.

⁴¹⁷ Ver foja 1805 del expediente.

⁴¹⁸ Ver foja 4233 del expediente.

⁴¹⁹ Así, por ejemplo, el contrato presentado por Aga con la empresa Hyperbaric del año 1999 señala un precio por una demanda de hasta 500m³ mensuales y un abastecimiento a través de termos por un abastecimiento superior a los 900 m³ mensuales. En tal sentido, su demanda anual fluctuaría entre los 6,000 y los 10,800 m³, mientras que, por ejemplo, durante la LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001, el volumen demandado anual de oxígeno gaseoso en el centro –donde existía el menor volumen de demanda– ascendió a 29,884 m³.

III.6.5.3 La supuesta colusión durante la segunda etapa no habría generado beneficios extraordinarios

693. A decir de Praxair, carecería de toda lógica que durante la segunda etapa evaluada se haya involucrado en una práctica colusoria para recibir el precio mínimo en las licitaciones, pues el objetivo de un acuerdo debería ser el maximizar beneficios.
694. Al respecto, debe considerarse que el ofrecimiento del menor precio permitido en la bases se dará de acuerdo con las características del mercado. Mientras exista mayor competencia en el proceso de selección, mayor será la probabilidad de que los precios se reduzcan.
695. Dado que durante la segunda etapa en los procesos de EsSalud se incrementó el número de ítems licitados, se redujeron las cantidades requeridas por ítem y se relativizó la experiencia requerida, se favoreció el ingreso de nuevas empresas proveedoras de oxígeno medicinal. Por tanto, las tres empresas investigadas previeron el ingreso de nuevos competidores con la consecuente reducción de los precios ofertados.
696. En este contexto, Praxair fue quien enfrentó mayor competencia de las nuevas entrantes, en especial en Lima, motivo por el cual se vio obligada a reducir sus precios al mínimo válido de acuerdo con las bases. Lo anterior no se produjo durante la primera etapa del periodo investigado en la cual dicha empresa no experimentó competencia efectiva, pues solo Aga y Messer realizaron ofertas que no se encontraron dentro del rango válido estipulado en las bases.
697. En tal sentido, las investigadas se adaptaron al nuevo esquema planteado por EsSalud logrando mantener los mercados en los que se encontraban establecidas.
698. Si bien el ingreso de nuevas empresas al mercado favoreció la competencia haciendo que los precios sean en algunos casos iguales al mínimo permitido en las bases, no se presentó una verdadera pugna competitiva entre las denunciadas, puesto que estas no ingresaron a zonas fuera de las que típicamente abastecían, cuando sí se encontraron en capacidad de hacerlo. Esta situación afectó los valores de referencia determinados por EsSalud, generando que estos sean sobrestimados como consecuencia de la errónea percepción de la entidad sobre las condiciones de competencia, las cuales fueron distorsionadas por la conducta de las investigadas de abstenerse de participar en zonas fuera de sus áreas típicas de abastecimiento.
699. Por consiguiente, los precios ofertados por las empresas dependieron de los competidores –diferentes de los miembros del acuerdo– que pugnaron por la

obtención de la Buena Pro en cada ítem. Asimismo, los valores de referencia fueron calculados por EsSalud asumiendo condiciones de competencia que en realidad se encontraban distorsionadas, por lo cual aquellos fueron sobrestimados.

700. Por los motivos expuestos, el que Praxair haya obtenido la Buena Pro con valores iguales al mínimo permitido no resulta inconsistente con la hipótesis de una práctica colusoria.

III.6.5.4 Sobre la presunta reducción de la participación de Praxair en la segunda etapa

701. Según alega Praxair, otro de los aspectos que demostraría que no participó en una concertación es que luego del periodo investigado, su participación en los procesos de EsSalud se vio significativamente reducida, al pasar de 85.5% en 1999 a 59.4% en 2004. Así, señaló que carecería de toda lógica que una empresa se involucre en una colusión para reducir su participación⁴²⁰.
702. Al respecto, corresponde evaluar la razón de la evolución de la participación de Praxair en las compras de oxígeno por parte de EsSalud. Esta empresa se encontraba en dos de las zonas donde ingresó un mayor número de competidores durante la segunda etapa de los procesos: Lima y la zona sur. Por consiguiente, se vio obligada a reducir sus precios al mínimo permitido para garantizar su permanencia en dicha zona. La razón es que, contrariamente a lo ocurrido en la primera etapa, experimentó competencia efectiva por parte de pequeñas y medianas empresas productoras y/o comercializadoras de oxígeno.
703. De otro lado y como se observó en apartados anteriores, EsSalud era un cliente muy importante para Praxair, por lo que tenía interés en conservarlo ofreciendo menores precios, lo que llevó a que su participación en términos de ventas se viera reducida a lo largo de los años.
704. Cabe recordar que la Sala se encuentra evaluando una práctica colusoria que consistía en un reparto geográfico y no un acuerdo de precios. Empresas como Aga y Messer que poseían menos competidores efectivos en sus respectivas zonas pudieron mantener durante la primera LP de la segunda etapa precios equivalentes al 100% del valor de referencia. Por su parte, al enfrentar mayor competencia, Praxair se encontró obligada a reducir sus precios ofertados al 70% del valor referencial, disminuyendo su participación. Por ende, no se advierte que la reducción en su participación haya sido inconsistente con una práctica de reparto de mercado.

⁴²⁰ Ver fojas 2348-2349 del expediente.

III.6.6 Balance de los indicios hallados y de las hipótesis alternativas planteadas por las recurrentes

705. Durante el periodo investigado comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004, el mercado de oxígeno medicinal líquido y gaseoso demandado por EsSalud presentó características que incrementaron la probabilidad de la existencia de un comportamiento colusorio. Entre ellas destaca la alta concentración de empresas, a un nivel tal que durante la primera etapa del periodo de investigación únicamente las tres denunciadas participaron de manera efectiva en los procesos de selección convocados por dicha entidad. Igualmente, existieron barreras a la entrada tanto de tipo estructural y propias de la industria (tales como economías de escala o inversiones específicas) como de tipo legal (condiciones impuestas en las bases de EsSalud)⁴²¹, las cuales limitaron significativamente el ingreso de nuevos competidores.
706. Otras de las características que favorecieron una eventual colusión en el mercado en cuestión fueron las siguientes: (i) la homogeneidad del producto, la cual llevaba a que todos los postores cumplan con los mismos requisitos mínimos para el abastecimiento de oxígeno y que la competencia se genere principalmente en precios, dejándose de lado otros aspectos susceptibles de ser coordinados; (ii) las interacciones repetidas dado que, por lo general, cada año EsSalud convocaba a licitaciones o realizaba adjudicaciones, situación que permitía verificar el comportamiento de las empresas y facilitaba la predictibilidad de los requerimientos de la entidad; (iii) la baja sustituibilidad del oxígeno requerido por EsSalud, dadas las características específicas que debía cumplir este bien para el abastecimiento a dicha entidad se evitaba el ingreso de nuevos competidores, (iv) el crecimiento de la demanda de oxígeno medicinal durante el periodo investigado, lo cual eleva los beneficios esperados de un acuerdo, (v) la simetría entre las empresas participantes, consistente en la tecnología utilizada (ASU) y costos similares en activos destinados a la distribución de oxígeno, los cuales facilitaron la implementación de un acuerdo a pesar de que cada una de ellas poseía diferentes participaciones en ventas a EsSalud; y, (vi) la existencia de espacios para comunicaciones entre las empresas, como por ejemplo, cuando se producía la adquisición de oxígeno entre ellas en periodos donde su producción propia de no les permitía satisfacer la demanda de sus clientes.
707. Asimismo, se pudo determinar que a pesar del poder de compra con el que contaba EsSalud, dicha entidad no fue una compradora eficiente a lo largo del periodo investigado, por lo que no pudo ejercer tal poder para contrarrestar la actuación de las empresas en el marco de los procesos de contratación pública.

⁴²¹ Sobre el particular, ver apartado III.6.2.4, referente a la existencia de barreras a la entrada.

708. En relación con los indicios, se ha establecido que aquellos identificados por la Comisión corresponden a hechos probados, por lo que deben ser evaluados en su conjunto para determinar si, efectivamente, a partir de ellos puede concluirse que la única explicación del comportamiento de las investigadas es que existió una práctica colusoria.
709. Con el objetivo de determinar si las empresas presentaron un comportamiento económico consistente con una lógica de optimización de beneficios, se consideró pertinente evaluar el contexto económico que tuvo lugar durante la primera etapa. En particular, el país atravesó un periodo de crecimiento económico bajo o incluso negativo entre los años 1998 y 2001. Esta coyuntura afectó a la actividad industrial y, por tanto, al volumen demandado de oxígeno por parte de este tipo de clientes. En otras palabras, existía una situación de incertidumbre respecto de la demanda en este segmento que, a decir de las apelantes, era el prioritario para ellas.
710. Al ver reducida la demanda en el segmento industrial, se habría esperado una fuerte competencia por parte de las empresas para incrementar su participación en el segmento de oxígeno medicinal, en especial por captar la demanda de EsSalud, uno de los principales (sino el principal) clientes medicinales.
711. En este contexto, se esperaría que la competencia se hubiese llevado a cabo a través de precios, los cuales habrían tenido que reducirse ante la amenaza de ingreso de competencia en las diversas zonas determinadas por EsSalud. Por el contrario, durante la primera etapa de este periodo las empresas realizaron ofertas válidas y obtuvieron la Buena Pro en una misma zona (Aga en el norte, Messer en el centro y Praxair tanto en Lima como en el sur). Asimismo, en esta primera etapa se observó un incremento de los valores de referencia, además de que la Buena Pro era otorgada con valores iguales o muy cercanos al máximo permitido, es decir, al 110% del valor referencial.
712. A decir de las empresas, estas no habrían podido incursionar en zonas diferentes a las que típicamente abastecieron durante el periodo investigado debido a las barreras impuestas por EsSalud en las bases, las cuales generaban un incremento sustancial de sus costos y hacían que no fuera rentable expandir su oferta a otras zonas del país. Sin embargo, durante el procedimiento, las investigadas no presentaron información detallada y sustentada sobre los costos en que debían incurrir en cada zona fuera del área en la que típicamente abastecían y que habría justificado su abstención de realizar ofertas válidas. Por el contrario, únicamente presentaron información general respecto de sus activos y los precios de estos, sin detallar cómo cambiarían los costos en función al volumen demandado en otras zonas. A su vez, a pesar de no haber acreditado un cambio significativo

en su estructura de costos de distribución, estas empresas decidieron ingresar a nuevas zonas solo luego del periodo investigado y ante la existencia de una mayor competencia.

713. De otro lado, si bien las denunciadas participaron en los procesos de selección en zonas donde no obtenían la Buena Pro durante la primera etapa⁴²², no presentaron propuestas válidas, pues sus ofertas eran superiores al 110% del valor de referencia, por lo cual eran automáticamente descalificadas.
714. Dicha auto descalificación fue justificada por las recurrentes como la utilización de una estrategia de señalización, para mostrarle a EsSalud que estarían dispuestas a participar en nuevas zonas si y solo si se incrementaban los valores de referencia. No obstante, como se desarrollará más adelante, la Sala pudo identificar que durante la segunda etapa, cuando los valores referenciales disminuyeron sustancialmente frente al ingreso de competencia, las investigadas no emplearon aquel mecanismo para cuestionar las bases de la entidad convocante.
715. En particular, se pudo verificar que las empresas no utilizaron la ventaja que implicó contar con plantas de llenado y/o producción fuera del área en que abastecieron durante esta etapa. Un caso evidente es el de Messer, empresa que, a pesar de contar con plantas de llenado en la zona norte (Piura y Chimbote), optó por abastecer únicamente a la zona centro. Del mismo modo, a pesar de que tanto Aga como Praxair contaban con plantas de llenado en la zona centro, no realizaron ofertas válidas en dicha zona. Esta conducta resulta aún más inconsistente con una lógica de optimización de beneficios bajo un escenario de competencia, puesto que: (i) el volumen demandado en la zona centro era el menor de las cuatro zonas; y, (ii) ambas empresas abastecieron de oxígeno a Messer hasta mayo de 2001, fecha en la cual su planta de producción entró en operación.
716. Si bien las empresas alegaron que el requerimiento conjunto de oxígeno líquido y gaseoso definió el patrón de abastecimiento observado durante el periodo investigado por las ventajas con las que contaba quien poseía tanques criogénicos, esto no fue del todo cierto. Las empresas no demostraron que los costos hundidos involucrados en la instalación de tanques impidieran la incursión en nuevas zonas, menos aún cuando en la primera etapa el requerimiento de un volumen significativo de oxígeno permitía a las empresas aprovechar las economías de escala presentadas en la industria.

⁴²² A excepción de Messer durante la LP 018-IPSS-98 de 1999 que participó únicamente en la zona centro.
206/236

717. Adicionalmente, el no contar con capacidad instalada disponible tampoco habría sido una explicación para que no incursionaran en otras zonas durante el periodo investigado pues, como fue detallado en apartados anteriores, las empresas sí contaron con capacidad disponible para abastecer otras zonas.
718. El patrón observado hasta ese momento cambió en la LP 0199L00051 de 2001, en la cual las tres denunciadas se abstuvieron de participar. Si bien las empresas alegaron que la razón por la que no participaron fue que EsSalud no elevó los valores de referencia en la misma medida en que se incrementaron sus costos, la entidad corroboró que el incremento en los costos fue significativamente inferior al aumento solicitado por las recurrentes.
719. Dado que se comprobó que la abstención de las empresas no estuvo explicada por un incremento en costos, este Colegiado considera que la verdadera razón de su abstención fue que no obtuvieron el resultado que habían logrado en el proceso anterior: un incremento en los valores de referencia.
720. Un elemento adicional que resulta relevante es que las cotizaciones presentadas por las empresas a EsSalud en esta licitación fueron similares las unas de las otras (ver Cuadros N°32 y 33). Esta actuación no sería consistente con las supuestas ventajas competitivas alegadas por las investigadas que permitían a la empresa incumbente realizar mejores ofertas en una zona determinada al enfrentar costos significativamente menores.
721. Luego del incremento solicitado por las denunciadas y que derivó finalmente en que la LP 0199L00051 de 2001 fuera declarada desierta, EsSalud modificó sus bases con el objetivo de favorecer el ingreso de un mayor número de competidores.
722. En efecto, el cambio en las condiciones de las bases generó el ingreso de nuevas empresas, las cuales ejercieron un contrapeso sobre el comportamiento de las investigadas observado hasta ese momento. Los precios se redujeron a valores iguales o menores al valor de referencia en el caso de las licitaciones, llegando incluso a ser iguales al valor mínimo permitido en las bases, es decir, al 70% del valor de referencia durante la segunda etapa evaluada.
723. Al respecto, se evidenció que Praxair enfrentó mayor competencia en el sur y en Lima, motivo por el cual debió reducir en mayor medida sus precios en comparación con Aga y Messer. Del mismo modo, en el caso de las Adjudicaciones de 2003-2004, las empresas investigadas se encontraron en capacidad de ganar los procesos con mayores precios en el caso de oxígeno

líquido, por la corta duración de aprovisionamiento requerido en las adjudicaciones, condición que finalmente actuó como una barrera de entrada a potenciales entrantes.

724. De otro lado, si bien la reducción de precios estuvo dada en parte por el ingreso de nuevas empresas, no existe una explicación racional o justificable económicamente para que las denunciadas no hayan participado de manera efectiva en otras zonas. Menos aún durante la segunda etapa en la cual se flexibilizaron las condiciones establecidas en las bases, al requerirse un menor volumen demandado por ítem y separarse la demanda de oxígeno líquido y gaseoso, lo que les habría permitido aprovechar la ubicación de sus plantas de llenado y producción.
725. En esta etapa, se evidencia que las imputadas cambiaron su estrategia, pues pasaron de realizar ofertas por encima del máximo permitido a dejar de presentar ofertas económicas en zonas ajenas a las que tradicionalmente abastecían. Pese a que cuestionaron que las condiciones impuestas por Essalud en la primera etapa representaban un impedimento para expandir el aprovisionamiento de oxígeno medicinal, no aprovecharon la ventaja de flexibilización en las bases para ingresar a nuevos mercados. Únicamente ingresaron a nuevas zonas a partir de la LP 0399L00091 de 2004-2005, en la cual los valores de referencia eran menores a aquellos que se presentaron durante el periodo investigado.
726. Conforme ha sido señalado, se identificó que durante la segunda etapa el mecanismo de señalización alegado por las denunciadas como justificación de su patrón de comportamiento, dejó de presentarse. De haber sido cierto lo alegado por las recurrentes, esta estrategia se habría sostenido con mayor razón durante la segunda etapa, puesto que los valores de referencia se redujeron. No obstante, las empresas dejaron de presentar ofertas económicas fuera de las zonas donde obtuvieron típicamente la Buena Pro, lo cual permite concluir que el uso de la auto descalificación solo habría tenido como finalidad crear la apariencia de competencia en los procesos de selección que tuvieron lugar en la primera etapa.
727. La Sala considera que el comportamiento descrito previamente y la conducta irracional por parte de las empresas, en un mercado que presentaba características que facilitaban la actuación concertada, resulta coherente con la hipótesis de la adopción de una práctica colusoria en la modalidad de reparto geográfico de mercado.
728. Aunque durante los dos primeros años del cambio de las bases de EsSalud, las recurrentes mantuvieron las mismas zonas de abastecimiento, ello no fue sostenible en el tiempo. Ciertamente, tanto Aga como Messer incursionaron en zonas cercanas a aquellas en donde poseían plantas de llenado o

producción a partir de la LP 0399L00091 de 2004-2005, desviándose así del patrón geográfico identificado.

729. La actuación de dichas empresas es coincidente con las consecuencias propias de la cartelización, toda vez que el incremento en el número de competidores debilita la sostenibilidad de un acuerdo e incrementa la probabilidad de desvío. A su vez, ratifica el hecho de que en realidad era factible que las empresas suministraran oxígeno en aquellos puntos en los que precisamente contaban con plantas de llenado tales como Praxair en Chiclayo o Huancayo; Messer en Pisco o en el Lima; Aga en Lima, Huancayo o Arequipa.
730. Ante esta situación de desvío, Praxair respondió de manera similar a partir de las Adjudicaciones de 2005-2006, es decir, en el periodo inmediatamente posterior. Esta empresa incursionó en zonas diferentes a las que típicamente abastecía por encontrarse en capacidad de hacerlo al contar con plantas de llenado en dichas zonas. Además de sus plantas en la zona sur y Lima, también contaba con plantas de llenado en Junín, Lambayeque y Ucayali a donde dirigió sus ofertas posteriormente. De haber existido competencia, habría incursionado en dichos mercados desde el inicio del periodo investigado.
731. Si bien las empresas alegaron que las inversiones dirigidas a la ampliación de su capacidad instalada (Praxair), la estabilidad en los requerimientos de su principal cliente (Messer), o una reducción en sus costos internos (Aga) habrían justificado su expansión a nuevas zonas solo a partir del 2004, todas estas explicaciones fueron descartadas.
732. Respecto de lo señalado por Praxair referente a la ampliación de su capacidad disponible, se corroboró que siempre contó con capacidad para abastecer a otras zonas. A su vez, la empresa indicó que esta no era la única variable que impidió que incursionara en otras zonas durante el periodo investigado, enfatizando que otro factor determinante eran los altos costos de aprovisionamiento. No obstante, no se encontró evidencia de un cambio significativo en los costos de abastecimiento que llevara a variar su patrón de conducta desde 2005.
733. En relación con la estabilización de la demanda de SiderPerú alegada por Messer, se identificó que si bien se redujo la variabilidad del volumen demandado, los requerimientos por parte de esta empresa se incrementaron. Por ende, ello tampoco habría justificado la incursión de esta empresa a nuevas zonas. Más aún cuando alegó previamente que no ingresó a otros mercados durante el periodo investigado por la prioridad otorgada a su principal cliente, SiderPerú, cuyos requerimientos le restaban capacidad

disponible para atender a otros segmentos entre los que se encontraba EsSalud.

734. Finalmente, de lo indicado por Aga, se identificó que la reducción de sus precios de transferencia no reflejaron una reducción de costos efectiva por parte de la empresa, sino que únicamente se trató de un cambio interno que no explicaría la decisión de incursionar en otras zonas desde 2004.
735. En consecuencia, de lo actuado en el procedimiento, ha sido corroborado que ni las barreras a la entrada impuestas por las bases ni los costos involucrados en el abastecimiento de oxígeno pudieron haber impedido la participación de las empresas fuera de sus zonas típicas de aprovisionamiento durante el periodo investigado.
736. En tal sentido, la decisión de las denunciadas de no competir por zonas ajenas a las que tradicionalmente proveían sino hasta el mes de junio de 2004 no responde a una estrategia comercial lógica desde una perspectiva empresarial y económica.
737. Al haberse descartado cada una de las hipótesis alternativas planteadas por las empresas investigadas, la Sala concluye que todos los indicios hallados, al ser evaluados en su conjunto, convergen en concluir que no existe otra explicación lógica al comportamiento de las investigadas salvo la existencia de una práctica concertada en la modalidad de reparto geográfico de mercado.
738. Las imputadas incurrieron en una infracción de carácter continuado al haberse acreditado que las prácticas concertadas de reparto de mercado se caracterizaron por los siguiente: (i) implicaron una pluralidad de actuaciones materiales; (ii) cada práctica concertada podía constituir independientemente una infracción a la normativa de libre competencia; (iii) existió proximidad temporal y espacial respecto a las conductas investigadas; y, (iv) las conductas de las denunciadas obedecían a una única voluntad infractora de repartirse el mercado en los procesos de selección de EsSalud.
739. Por lo expuesto, se debe confirmar la Resolución de Primera Instancia que halló responsable a Praxair, Aga y Messer por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de reparto de mercado en los procesos de selección convocados por Essalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso, a nivel nacional, en el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004.
740. A continuación, corresponde determinar la sanción aplicable a cada una de las empresas infractoras.

III.6.7 Graduación de la sanción

741. Habiéndose acreditado la existencia de una infracción al Decreto Legislativo 701 por parte de Praxair, Aga y Messer, consistente en una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de reparto de mercado, en los procesos de selección convocados por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso, a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004, corresponde determinar la sanción a imponer a cada una de las empresas infractoras.
742. En atención a ello, en el presente apartado se desarrollará el marco normativo aplicable para graduar la sanción. Luego, se identificarán los criterios específicos que deben ser considerados para efectuar la graduación de la sanción, para posteriormente evaluar aquellos cuya aplicación por parte de la Comisión fue motivo de cuestionamiento por las denunciadas, y así, finalmente, determinar la sanción que corresponde a cada empresa infractora.

III.6.7.1 Cuestión previa: la normativa aplicable para la graduación de la sanción

743. En su recurso de apelación, Messer señaló que en la medida que la Comisión aplicó la figura de la infracción continuada recogida en el artículo 49 del Código Penal⁴²³ para la evaluación de la prescripción de la infracción, también debió aplicar dicha norma a fin de graduar la multa impuesta en el presente caso.
744. En particular, la empresa alegó que conforme a la referida disposición, la multa fijada por la Comisión debió haberse determinado tomando en consideración solo el beneficio que se habría obtenido de la licitación más cuantiosa, y no así, la sumatoria del presunto beneficio indebido que le habrían reportado todos los procesos de selección comprendidos dentro del periodo investigado.
745. Sobre este punto, la Sala considera necesario precisar que la figura de la infracción continuada en el caso bajo análisis fue aplicada al amparo de lo dispuesto en la normativa administrativa que rige los procedimientos sancionadores por infracciones que atenten contra la libre competencia.

423

CÓDIGO PENAL

Artículo 49.- 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 sólo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave. (Subrayado agregado)

746. De una lectura conjunta del artículo 24 del Decreto Legislativo 701⁴²⁴, así como del artículo 233 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴²⁵, se concluye que, con el objeto de verificar el cómputo de los plazos de prescripción aplicables ante la realización de una práctica anticompetitiva, debe analizarse si la infracción califica como una de realización instantánea o, por el contrario, se trata de una de realización continuada.
747. Por ello, contrariamente a lo argumentado por Messer, el cómputo de los plazos de prescripción en la presente controversia se realizó tomando como fundamento la regulación administrativa y no así lo dispuesto en el ordenamiento penal.
748. Sin embargo, dado que la legislación administrativa no establece una definición de lo que debe entenderse por infracción continuada ni tampoco señala las características de dicho tipo de ilícito, fue necesario acudir subsidiariamente⁴²⁶ a la diversa normativa, doctrina y jurisprudencia en materia sancionadora, en especial, la orientada al derecho penal y al derecho administrativo sancionador.
749. Debe señalarse que el hecho que se haya recurrido a la normativa, jurisprudencia y doctrina penal con la finalidad de establecer una definición de la figura de la infracción continuada, no implica que deba aplicarse la regulación penal en materia de infracción continuada para determinar la sanción a imponer, ello más aún si en el ordenamiento administrativo existen normas especiales que regulan dicho aspecto.
750. En tal sentido, toda vez que para la graduación de las sanciones administrativas por la realización de prácticas anticompetitivas existe un desarrollo normativo expreso (contenido en el Decreto Legislativo 701 y en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General) que fija los

⁴²⁴ Al respecto ver pie de página 73.

⁴²⁵ Al respecto ver pie de página 74.

⁴²⁶ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Título Preliminar

Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes

1. Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.
(...)

Al respecto Morón Urbina señala lo siguiente: "(...) Para resolver estos asuntos, las autoridades deben acudir en orden descendente a las siguientes fuentes supletorias: a) los principios del procedimiento administrativo; b) fuentes supletorias del derecho administrativo (doctrina nacional, comparada, la costumbre o práctica administrativa); y solo a falta de ellos; c) analogía de otros ordenamientos (por ejemplo, el Código Procesal Civil o Penal) en aquellos aspectos que sean compatibles con la naturaleza y finalidad administrativa."

MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. Pg. 113.

criterios valorativos aplicados por la autoridad para la represión de esta clase de conductas, no resulta pertinente la aplicación del Código Penal conforme lo alegó Messer.

751. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala advierte que la aplicación de la norma invocada por Messer podría resultar contraria a lo dispuesto en el artículo 230.3 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴²⁷, disposición que consagra el principio de razonabilidad que rige los procedimientos administrativos sancionadores como el presente caso.
752. De acuerdo a dicho principio, las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción, pues de lo contrario, se estaría incentivando la realización de conductas antijurídicas dada la rentabilidad de su ejecución⁴²⁸.
753. Este Colegiado aprecia que la propuesta de Messer de fijar la sanción tomando en cuenta únicamente el beneficio extraordinario más alto obtenido en los procesos de selección de EsSalud implicaría no considerar las ganancias ilícitas obtenidas en el resto de procesos de selección en los que se materializó el reparto de mercado. En dicho escenario, la comisión de la práctica anticompetitiva resultaría más ventajosa para las denunciadas que el asumir la sanción respectiva. Así, de recogerse la postura planteada por Messer, se fijaría una multa que no respondería al perjuicio causado al proceso competitivo y que, por tanto, contravendría lo dispuesto en el principio de razonabilidad.
754. Por tanto, habiéndose descartado el cuestionamiento de Messer en este extremo corresponde identificar los criterios normativos pertinentes de acuerdo al Decreto Legislativo 701 y a la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, a fin de graduar la sanción que corresponde imponer a las denunciadas.

⁴²⁷

LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajoso para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción (...)

⁴²⁸

MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. Pg. 698.

III.6.7.2 Los criterios aplicables para la graduación de la sanción

755. El artículo 23 del Decreto Legislativo 701⁴²⁹ establece los criterios que la Autoridad de Competencia deberá considerar para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción, los cuales resultan de necesaria observancia para el presente caso y se detallan a continuación:

- (i) la modalidad y alcance de la restricción de la competencia;
- (ii) la dimensión del mercado afectado;
- (iii) la cuota de mercado de la empresa correspondiente;
- (iv) el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos, o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios;
- (v) la duración de la restricción; y
- (vi) la reiterancia de la conducta.

756. Asimismo, conforme ya se ha detallado, de acuerdo al principio de razonabilidad contenido en el artículo 230.3 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, deben considerarse las circunstancias particulares vinculadas a la conducta infractora con la finalidad de apreciar su real dimensión y, en tal sentido, motivar el incremento o la disminución de la sanción, en virtud del principio de proporcionalidad⁴³⁰.

429

DECRETO LEGISLATIVO 701, DECRETO LEGISLATIVO CONTRA LAS PRACTICAS MONOPOLICAS, CONTROLISTAS Y RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA

Artículo 23.-

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.

En caso que la entidad o persona sancionada no realice actividad económica, industrial o comercial, o recién la hubiera iniciado después del 1 de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar, en ningún caso, las mil (1,000) UITs.

Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una empresa o entidad, se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

Los criterios que la Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes son los siguientes:

a) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.

b) La dimensión del mercado afectado.

c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.

d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.

e) La duración de la restricción de la competencia.

f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

En caso de reincidencia, la Comisión podrá duplicar las multas impuestas incrementándolas sucesiva e ilimitadamente. Para calcular el monto de las multas a aplicarse de acuerdo al presente Decreto Legislativo, se utiliza la UIT vigente a la fecha de pago efectivo o ejecución coactiva de la sanción.

430

Al respecto, se ha señalado lo siguiente:

757. Conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional, el principio de proporcionalidad resulta aplicable para la determinación de las sanciones en el marco de un procedimiento sancionador⁴³¹. Morón Urbina⁴³² señala que dicho principio constituye un test o canon de valoración para evaluar los actos de la Administración Pública que inciden sobre los derechos de los administrados. Dicho principio cobra especial relevancia en el ámbito sancionador puesto que permite evaluar si la intromisión estatal en la esfera de los administrados resulta o no excesiva.
758. En el presente caso, la infracción detectada es una colusión horizontal en la modalidad de reparto de mercado. Esta conducta es considerada inherentemente anticompetitiva, debido a que permite a las empresas ejercer poder de mercado sobre la totalidad o parte de un mercado, generando menores cantidades ofertadas de bienes o servicios, precios mayores a los que existirían en un entorno competitivo, ineficiencias productivas de las empresas y retrasos en la innovación por parte de estas.
759. El reparto de mercado implica la eliminación de la competencia pues conlleva a que cada uno de los agentes coludidos opere como un monopolio en el espacio geográfico que se le hubiere asignado. Usualmente, este escenario generará precios superiores a los que deberían haber existido en un mercado con competencia efectiva y a la eliminación de opciones para los consumidores.
760. Durante el periodo investigado, dicho escenario se verificó en la primera etapa a partir de la presentación de propuestas económicas cercanas al máximo permitido en cada proceso de selección. Además, esta situación se consolidó debido a las condiciones impuestas en las bases de EsSalud que generaron barreras de entrada al mercado para otras empresas. Así, al no existir otra empresa que pudiera hacer frente a las denunciadas, el daño ocasionado por la práctica colusoria resulta mayor.
761. De similar manera, respecto de la segunda etapa, se aprecia que si bien los precios en las licitaciones fueron menores o iguales al valor de referencia por el ingreso de nuevas empresas, dicho valor y, por tanto, los precios adjudicados también estuvieron afectados por el reparto de mercado, pues

"En efecto, es en el seno de la actuación de la Administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio, pero también, debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas (...)". Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de octubre de 2004, recaída en el Expediente 2192-2004-AA /TC.

⁴³¹ Al respecto, ver la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0760-2004-AA/TC.

⁴³² MORON URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. Pg. 702 y 703.
215/236

las investigadas continuaron con la conducta de abstenerse de proveer oxígeno fuera de las zonas en las que típicamente abastecían a EsSalud, lo cual afectó la estimación de valores referenciales de la entidad convocante. Debe resaltarse que en este caso la restricción al proceso competitivo se dio no por la fijación concertada de precios, sino por la voluntad de evitar competir mediante la asignación de zonas específicas de provisión de oxígeno medicinal.

762. Por otro lado, con relación al mercado afectado, este comprende las adquisiciones de oxígeno medicinal a través de procesos de selección convocados por EsSalud a nivel nacional, el cual involucra dos sectores sensibles: (i) adquisiciones del Estado; y, (ii) salud pública. En relación con el primero, debe resaltarse que la distorsión en los procesos de compras estatales radica en la desviación de recursos públicos que podrían haber tenido usos alternativos beneficiosos para la colectividad en su conjunto. En relación con el sector salud, el producto involucrado es el oxígeno medicinal demandado por dicha entidad, el cual es un medicamento de vital relevancia para la provisión de servicios de salud, siendo así un elemento esencial para su actividad prestacional.
763. Como se ha señalado en el apartado III.6.2.1 correspondiente a la descripción del mercado, el oxígeno medicinal es el insumo que se utiliza en toda terapia de inhalación de oxígeno, nebulización y anestesia. Solo para ejemplificar su importancia, la terapia de inhalación de oxígeno está destinada principalmente a pacientes con insuficiencia respiratoria con niveles bajos de saturación en tejidos, síntoma que, en casos de emergencia, suele preceder a la muerte cerebral y a posibles ataques cardíacos⁴³³. Adicionalmente, el oxígeno medicinal es administrado a pacientes que hayan perdido cantidades considerables de sangre⁴³⁴ o presenten alguna lesión ósea. Debido a estas consideraciones, se aprecia que en diversas situaciones que ponen en riesgo la vida y la salud de los pacientes, la provisión de oxígeno medicinal resulta esencial.
764. Debe destacarse también que la participación de las denunciadas en la primera etapa abarcó la totalidad del mercado de oxígeno medicinal líquido y gaseoso demandado por EsSalud a través de procesos de selección, mientras que en la segunda etapa involucró una proporción importante del mercado.

⁴³³ Mayor información en: LifeSave Services, "20 Common Question About Emergency Oxygen". Disponible en: <http://lifesaveservices.com/20common.html> (consultado el 25 de mayo de 2013) y Encyclopedia of Surgery, "Oxygen Therapy". Disponible en: <http://www.surgeryencyclopedia.com/La-Pa/Oxygen-Therapy.html>. (Consultado el 25 de mayo de 2013)

⁴³⁴ Al respecto ver: <http://www.med.nyu.edu/content?ChunkID=657685>. (Consultado el 25 de mayo de 2013)

765. Adicionalmente, debe resaltarse el carácter continuado de la conducta de las denunciadas a lo largo de los diversos procesos de selección realizados entre enero de 1999 y junio de 2004, es decir, durante más de cinco años, así como su alcance nacional, factores que generaron graves perjuicios para EsSalud y, consecuentemente, para el bienestar de la sociedad.
766. A mayor abundamiento, cabe señalar que diversas agencias de competencia en el mundo han impuesto sanciones por la realización de conductas anticompetitivas en el mercado de oxígeno medicinal, enfatizando para ello en la gravedad que cobran dichas prácticas en un mercado tan sensible que compromete la salud pública.
767. En el caso de Brasil, el 1 de setiembre de 2010⁴³⁵, el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), impuso multas por un total aproximado de US\$ 1,700 millones a las siguientes empresas: (i) Aga S.A., (ii) White Martins Gases Industriais Ltda. (empresa perteneciente al mismo grupo económico que Praxair), (iii) Air Liquide Brasil, (iv) Air Products Brasil; y, (v) Industria Brasileira de Gases, por la realización de prácticas colusorias en el marco de los procesos de adquisición pública de oxígeno medicinal.
768. En dicho pronunciamiento, al momento de determinar la sanción a imponer la mencionada autoridad de competencia señaló, entre otros argumentos, lo siguiente:

*“Cabe destacar el daño ocasionado a la salud pública. Los gases vendidos por estas empresas son utilizados en tratamientos médicos. Las denunciadas conspiraron para asegurar precios altos de productos esenciales para la salud pública. Con ello, no solo aumentaron los costos incurridos por el Estado y la afectación de los pacientes y los hospitales, sino que también se distorsionó la capacidad de servicio del sistema de salud, apropiándose de recursos que podían haber sido utilizados en el tratamiento de los pacientes.”*⁴³⁶

769. Asimismo, el 8 de junio de 2005, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina sancionó a Praxair Argentina S.A, Air Liquide Argentina S.A. (empresa perteneciente al mismo grupo empresarial de Messer), Aga S.A. e Indura Argentina S.A. con una multa de aproximadamente US\$ 21 millones por haber realizado una práctica colusoria durante cinco (5) años a fin de repartirse el mercado en el marco de las

⁴³⁵ Resolución recaída en el “Processo Administrativo N° 08012.009888/2003-70”. Pendiente de revisión judicial.

⁴³⁶ Traducción libre de:

“Merece destaque o dano a saúde pública. Os gases vendidos por estas empresas são utilizados em tratamentos médicos. As representadas conspiraram para assegurar preços elevados para produtos essenciais a saúde no país. Com isso, não só aumentaram os custos e o sofrimento percebidos por pacientes e hospitais, como também distorceram a capacidade de atendimento do sistema de saúde, apropriando-se de recursos que poderiam ser empregados no tratamento de pacientes”.

contrataciones públicas de oxígeno medicinal. En dicho pronunciamiento, la autoridad argentina señaló lo siguiente⁴³⁷:

“El comportamiento anticompetitivo de las firmas involucradas ha sin duda causado cuantiosos perjuicios económicos en los hospitales y clínicas en la medida en que la ausencia de un proceso competitivo ha impuesto a las mismas niveles de precios artificialmente elevados, resultando en sobre costos significativos para estas instituciones. La carga por el ejercicio del cártel ha sido solventada por arcas públicas o privadas e indirectamente por empresas de medicina prepaga, mutuales, obras sociales u otras instituciones y ha distorsionado la asignación de los recursos vía limitación de otro tipo de prestaciones por parte de los responsables de los servicios de salud, con un perjuicio final a los pacientes. En todos los casos, el efecto nocivo sobre el bienestar de la población no tiene sólo una dimensión económica, e incluye efectos cuya valoración sólo en un abordaje muy restringido puede cuantificarse en términos estrictamente monetarios.”

770. En similar sentido, mediante Resolución 65477 de 2010, emitida el 25 de noviembre de 2010, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia sancionó a Fábrica de Oxígeno S.A. (empresa perteneciente al mismo grupo empresarial que Aga), Oxígeno de Colombia S.A. (empresa perteneciente al mismo grupo que Praxair) y Gases Industriales de Colombia S.A. con una multa aproximada de US\$ 81,000 por haberse coludido para impedir el ingreso de nuevos competidores al mercado de oxígeno medicinal⁴³⁸. Al respecto, en dicho pronunciamiento se señaló lo siguiente:

“La anterior conducta (práctica concertada destinada a impedir el ingreso o la expansión en el mercado de oxígeno medicinal de las empresas que utilizan la tecnología PSA) reviste especial gravedad y debe ser sancionada con determinación, en cuanto en ella intervinieron las tres empresas que tienen una alta cuota de participación en el mercado de oxígeno medicinal en el país, lo cual sirve para medir el impacto de la conducta en razón del mayor poder que tienen para influenciar las condiciones del mismo. Adicionalmente, este caso refleja la distorsión de la competencia en un mercado de especiales características que afecta de manera directa el bienestar de los consumidores, representados en los pacientes afectados con patologías que requieren del oxígeno medicinal”.

771. Por lo tanto, atendiendo a los siguientes factores: (i) la modalidad de la infracción identificada, (ii) la importancia del producto en cuestión para la vida y la salud, (iii) el daño causado a los fondos públicos, (iv) el carácter continuado de la infracción, (v) la duración de la conducta, (vi) la cuota de mercado de los participantes de la práctica colusoria; y, (vi) su alcance a nivel nacional, este Colegiado coincide con la Comisión en que la infracción detectada califica como muy grave.

⁴³⁷ Sentencia recaída en el Expediente 064-011323/2001 (C.697) SB-EV/HS. Dicho pronunciamiento fue confirmado en primera instancia por el Poder Judicial argentino.

⁴³⁸ Este pronunciamiento fue confirmado en segunda instancia administrativa el 31 de marzo de 2011. Actualmente, se encuentra en evaluación en el Poder Judicial de Colombia.

772. Tomando en consideración lo expuesto, corresponde proseguir con el análisis a fin de determinar el beneficio extraordinario que se habrían procurado las denunciadas, así como la probabilidad de detección de la infracción para luego proceder a evaluar el cálculo de la multa efectuado por la Comisión.

III.6.7.3 La fórmula aplicable

773. Atendiendo a los criterios de graduación establecidos en la ley y las exigencias del principio de razonabilidad para desincentivar una conducta ilegal, la sanción esperada debe ser igual o mayor al beneficio esperado ilícito que el infractor espera obtener (siendo este último la ganancia esperada derivada de la infracción y que, de actuar lícitamente, no se obtendría). Y es que el beneficio esperado depende principalmente de dos factores. El primero es el beneficio extraordinario derivado de cometer la infracción y el segundo es la probabilidad de que la conducta infractora sea efectivamente detectada y sancionada.
774. Por ejemplo, si una empresa sabe que se le impondrá una multa equivalente al beneficio ilícito esperado y que solo se detectan y sancionan las infracciones un 10% de las veces, le convendrá seguir cometiendo la infracción. El motivo es que la multa que se le impondrá la vez que se le sancione será compensada con el beneficio extraordinario de las otras nueve veces que no sea sancionada. Así, asumiendo que cada vez que infringe la norma obtiene un beneficio ilícito de 100, la empresa sabe que por cada 10 infracciones obtendrá un beneficio de $100 \times 10 = 1000$ y sufrirá un costo de 100 la vez que la multen. En consecuencia, en el largo plazo tiene incentivos para cometer la infracción porque su beneficio esperado neto de cometer la infracción cada diez veces será de $1000 - 100 = 900$.
775. Por ello, para desincentivar una infracción que no siempre será detectada, es necesario imponer una multa superior al beneficio ilícito esperado, con la finalidad de que esta compense la dificultad de detección. En el ejemplo anterior, si al infractor solo se le detecta y sanciona una de cada diez veces, para desincentivar la conducta, la multa que se le imponga la vez que se le detecte debe ser por lo menos igual al beneficio ilícito esperado multiplicado por diez. Así de cada diez veces que cometa la infracción, el beneficio ilícito esperado será igual a su costo y el agente no tendrá incentivos para infringir la ley.

776. Formalizando esta lógica, el cálculo de la multa óptima estará determinado por la siguiente fórmula:

$\text{Beneficio esperado} = \frac{\text{Beneficio extraordinario}}{\text{Probabilidad de detección}} \leq \text{Multa óptima}$

III.6.7.4 El cálculo de la multa efectuado por la Comisión

777. Para el cálculo de la multa impuesta a las empresas denunciadas, la Comisión consideró el beneficio extraordinario obtenido como consecuencia de la infracción y la probabilidad de detección de la conducta sancionada. En particular, en lo referente al beneficio extraordinario, en la Resolución de Primera Instancia se tomó el diferencial entre el precio concertado —consistente en el precio adjudicado por empresa en cada convocatoria— y el precio que correspondería a un escenario de competencia, el cual se multiplicó por las cantidades adjudicadas en cada proceso a cada una de las empresas.
778. En relación con los precios bajo un escenario de competencia, el valor utilizado por la primera instancia cambió en la primera etapa respecto de la segunda etapa investigada. Así, la Comisión tomó como precio competitivo durante la primera etapa el 50% o 70% del valor de referencia, al ser el precio mínimo permitido de acuerdo con las bases de cada concurso⁴³⁹. De otro lado, durante la segunda etapa, la primera instancia consideró como la mejor aproximación al precio competitivo, al precio adjudicado durante la LP 0399L00091 de 2004-2005. Ello debido a que a partir de dicha licitación se habría identificado que existió competencia efectiva.
779. Así, se calculó para cada empresa el beneficio extraordinario que estaba formado por el diferencial entre los precios de concertación y los precios de competencia multiplicado por las cantidades adjudicadas en cada proceso de selección. El beneficio extraordinario fue dividido entre la probabilidad de detección de la infracción, la cual, a decir de la Comisión, fue media alta y se le asignó un valor de 0.75.
780. Cabe resaltar que el monto obtenido en dicha operación no correspondió a la multa aplicable a cada una de las empresas, puesto que, según el literal b) del artículo 23 del Decreto Legislativo 701, la Comisión se encontraba en capacidad de aplicar una multa superior a las 1,000 Unidades Impositivas

⁴³⁹

En el caso de las Adjudicaciones 2001-2002 se consideró como el mínimo permitido al 70% del precio adjudicado, en tanto este fue el valor mínimo considerado en la licitación inmediatamente posterior.

Tributarias (en adelante, UIT)⁴⁴⁰, ante una infracción muy grave, siempre y cuando dicho monto no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por cada empresa infractora en el ejercicio inmediato anterior a la Resolución de Primera Instancia.

781. En tal sentido, en el caso de las empresas Praxair y Aga, la Comisión aplicó una multa equivalente al 10% de sus ingresos, al ser estos inferiores al beneficio esperado calculado para dichas empresas. En particular, el beneficio esperado de Praxair ascendió a 7,233.5 UIT, mientras que el 10% de sus ventas representaron 3,836.82 UIT, por lo que la Comisión utilizó este último valor como la multa aplicable. En el caso de Aga, el beneficio esperado calculado por la primera instancia ascendió a 1,608.15 UIT, mientras que el 10% de sus ventas representaron 1,333.9 UIT, por lo cual correspondió considerar este último monto.
782. Por el contrario, en el caso de Messer, el beneficio esperado ascendió a 578.98 UIT, mientras que el 10% de sus ventas representaron 999.17 UIT, por lo que correspondió utilizar el valor ascendente al beneficio esperado como multa.
783. De acuerdo con estas premisas, la Comisión determinó la multa que correspondería a cada una de las empresas infractoras conforme al detalle descrito en el Cuadro N°36.

Cuadro N°36
Cálculo de la multa impuesta
por la Comisión

Empresas	Beneficio Esperado (UIT)	10% ventas (UIT)	Multa (UIT)
Praxair	7,223.50	3,836.82	3,836.82
Aga	1,608.15	1,333.90	1,333.90
Messer	578.98	999.17	578.98

Fuente: EsSalud, Praxair, Aga, Messer
Elaboración: ST-SDC

784. Las apelantes cuestionaron los cálculos de algunos de los ítems correspondientes a la determinación del beneficio esperado así como de la probabilidad de detección, los cuales serán analizados a continuación.

⁴⁴⁰ El valor de la UIT durante el año 2010, año en que se emitió la Resolución de Primera Instancia, ascendió a S/. 3,600.

a) Sobre los valores adjudicados a partir de la LP 0199L00052

785. A decir de las apelantes, los precios a partir de la LP 0199L00052 de 2002-2003 no corresponderían a una colusión, puesto que no habría existido apropiación del excedente del consumidor, en tanto los precios se redujeron y en algunos casos, tales como el de Praxair, estos correspondieron al mínimo permitido en cada proceso desde el inicio de la segunda etapa.
786. Sobre el particular, se ha podido determinar que el reparto de mercado se mantuvo durante la segunda etapa evaluada, lo cual se vio reflejado en el hecho de que las empresas imputadas mantuvieron su conducta de abstenerse de realizar ofertas en zonas donde no obtuvieron típicamente la Buena Pro. Asimismo, continuaron ganando en las mismas zonas que durante la primera etapa.
787. En tal sentido, la Sala considera que la competencia habría sido mayor si las apelantes hubiesen participado de manera activa fuera de sus zonas típicas de abastecimiento, pues los valores de referencia se habrían reducido si es que EsSalud observaba un entorno más competitivo. Por ello, se concuerda con la Comisión respecto de que los resultados obtenidos durante la segunda etapa no fueron competitivos. Es a partir de la LP 0399L00091 de 2004-2005 que se observó el ingreso de las imputadas a zonas fuera de sus típicas áreas de aprovisionamiento y recién pudo apreciarse un escenario de verdadera pugna competitiva que se vio reflejada en una reducción en los valores de referencia.

b) El precio de competencia

788. De similar manera, de acuerdo con las apelantes, la Comisión determinó de manera equivocada el precio de competencia, e incluso no explicó el cambio de metodología para seleccionar el precio de competencia en la segunda etapa. Así, cuestionaron que en la primera etapa, utilizó el precio mínimo permitido en cada proceso de selección, el cual fluctuó entre 50% y 70%⁴⁴¹, mientras que en la segunda etapa utilizó como precio competitivo el valor adjudicado por cada ítem en la LP 0399L00091 de 2004-2005.
789. A decir de Messer, a través del informe elaborado por Apoyo, nada indicaba que los precios a los cuales se obtuviera la adjudicación o Buena Pro debieran ser iguales al valor mínimo de referencia bajo un escenario de competencia en dicho mercado. En particular, esta empresa indicó que EsSalud establecía en sus bases un valor mínimo con el objetivo de evitar la

⁴⁴¹ Si bien no existió un valor mínimo para las Adjudicaciones 2001-2002, se tomó el 70% que representó el valor mínimo para la LP 0199L00052 de 2002-2003, proceso inmediatamente posterior a dichas adjudicaciones.

denominada “maldición del ganador”⁴⁴², la cual consistía en la posibilidad de que los postores ofertaran valores demasiado bajos que impidieran cubrir sus costos.

790. Aga, por su parte, indicó que la Comisión no habría demostrado si las empresas se encontraban en capacidad de ofertar tales precios considerados como competitivos o por qué no era necesario efectuar un análisis de estructura de costos⁴⁴³.
791. De otro lado, Messer sugirió que una mejor aproximación al precio de competencia estaría dada ya sea por los precios cobrados a clientes comparables con EsSalud o por el valor de referencia determinado en cada proceso, el cual estaría basado en un estudio de mercado realizado por EsSalud⁴⁴⁴. Y, en esta misma línea, Aga sugirió utilizar un precio promedio ponderado considerando al resto del mercado medicinal⁴⁴⁵.
792. Finalmente, en relación con la segunda etapa, las recurrentes cuestionaron que en la Resolución de Primera Instancia se hayan utilizado los precios adjudicados en la LP 0399L00091 de 2004-2005 como precios competitivos. Al respecto, indicaron que los precios tomados por la Comisión no habrían sido alcanzables; y, que el cambio de condiciones impuestas a partir de la referida licitación habrían generado que la situación del mercado y, por tanto, los precios, no sean comparables respecto de los dos procesos de selección anteriores correspondientes a la segunda etapa.
793. De la revisión de los procesos de selección, se desprende que las diferencias entre las condiciones impuestas en las bases durante la primera y segunda etapa evaluadas ameritaron un cambio en el precio considerado como competitivo.
794. En particular, la Sala aprecia que la primera etapa involucró únicamente a tres participantes, mientras que la segunda etapa atrajo a un mayor número de competidores a partir de la flexibilización en las bases, motivo por el cual el escenario de competencia varió y ameritó un cambio en el precio considerado como competitivo.
795. Por tanto, ello justifica que la primera instancia haya utilizado precios distintos que puedan aproximarse a uno competitivo en cada una de las dos etapas evaluadas.

⁴⁴² Ver foja 4955 del expediente.

⁴⁴³ Ver fojas 5141-5142 del expediente.

⁴⁴⁴ Ver foja 4930 del expediente.

⁴⁴⁵ Ver foja 4567 del expediente.

796. Respecto de los precios considerados competitivos por la primera instancia para la primera etapa, este Colegiado encuentra que estos podrían haber sido incluso menores que el valor tomado por la Comisión. Ello obedecería a que los valores de referencia determinados por EsSalud estuvieron afectados por la actuación conjunta de las empresas coludidas que llevó al alza del valor de referencia, tal como sucedió en la LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001 en la que existieron hasta tres convocatorias que propiciaron el aumento de los valores de referencia. En consecuencia, bajo un escenario competitivo, los valores de referencia habrían sido menores y, por tanto, los precios habrían seguido ese mismo patrón.
797. En relación con lo alegado por Aga respecto de que la Comisión debió demostrar que las empresas se encontraron en capacidad de abastecer a tales precios, la Sala no considera que dicho cálculo deba realizarse. La razón es que como fue alegado por Messer, a través del informe elaborado por Apoyo, el objetivo de determinar un valor mínimo aceptable en un proceso de selección se lleva a cabo para evitar la “maldición del ganador”, es decir, impedir justamente que lo ofertado por un postor imposibilite cubrir sus costos, motivo por el cual se espera que el monto determinado en las bases resulte suficiente para llegar a cubrirlos. Adicionalmente, las empresas no presentaron información respecto de los costos asociados al aprovisionamiento en cada punto requerido por EsSalud, por lo que no probaron que los referidos costos no se hayan podido cubrir durante el periodo investigado o que no hayan obtenido la suficiente rentabilidad.
798. Asimismo, sobre las aproximaciones al precio de competencia sugeridas por Messer, se considera que en el caso de la comparación con clientes similares, este ejercicio no podría haberse llevado a cabo debido a lo siguiente: (i) las empresas no aportaron información detallada de sus ventas a otros clientes correspondiente a todo el periodo de investigación, alegando que no contaban con dichos datos por el amplio periodo de información requerida por la primera instancia; y, (ii) ello implicaría haber aportado la totalidad de contratos para verificar qué clientes de las empresas serían comparables con EsSalud, actuación que no se produjo en el presente caso y que involucraría determinar ciertos criterios que determinen la comparación de EsSalud con otros compradores de oxígeno.
799. Del mismo modo, en relación con la sugerencia de utilizar el valor de referencia, esta no sería la mejor aproximación a un precio competitivo, puesto que, tal como se mencionó previamente, aquel factor se habría visto afectado por la actuación concertada de las infractoras.
800. Al no contar con una mejor aproximación respecto de dicho precio, se coincide con la primera instancia en que deben tomarse los valores mínimos permitidos en cada proceso de selección.

801. De acuerdo con las bases de la LP 018-IPSS-98 de 1999 y de la LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001, se considerará el 50% del valor de referencia, pues es el valor mínimo que hacía válida una propuesta. Y para las Adjudicaciones de 2001-2002, se considerará el equivalente al 70% del valor propuesto, debido a que en el periodo inmediatamente posterior, es decir, la LP 0199L00052 de 2002-2003, se estableció el referido porcentaje del valor de referencia como la oferta mínima válida.
802. En relación con la segunda etapa, las principales condiciones de las bases cambiaron al demandarse un mayor número de ítems y por tanto un menor volumen de oxígeno por ítem, desagregando el oxígeno líquido del gaseoso, además de relativizarse la experiencia de los postores, tal como fue detallado anteriormente. Nuevamente, los valores de referencia estuvieron influenciados por la conducta anticompetitiva de las empresas, la cual ocasionó que cada una de ellas no participara en las zonas donde las otras obtenían la Buena Pro, distorsionando con ello la competencia.
803. Al calcular EsSalud los valores de referencia sobre la base de un escenario donde no existía competencia efectiva entre las tres empresas que participaron de la colusión, la entidad determinó valores de referencia superiores a los que habría obtenido en caso las tres imputadas hubiesen competido de manera efectiva fuera de las zonas que cada una acordó abastecer.
804. En consecuencia, la Sala coincide con la Comisión en que el tomar los valores adjudicados durante la LP 0399L00091 de 2004-2005 fue una aproximación adecuada de lo que habría ocurrido en un mercado competitivo⁴⁴⁶, pues fue el periodo inmediatamente posterior a la culminación de la práctica de reparto de mercado y un periodo en que se acreditó que existiera competencia efectiva.

c) Determinación de la probabilidad de detección

805. Sobre este aspecto, Messer señaló que se estaría vulnerando el principio de predictibilidad, así como el derecho a la igualdad⁴⁴⁷, pues en seis de ocho casos de cálculos de multas en primera instancia, con similitudes con el presente caso, los valores de la probabilidad de detección se ubicaron entre

⁴⁴⁶ Las empresas señalaron que una de las principales condiciones que cambió en dicha licitación fue la posibilidad de contar con 60 días desde la firma del contrato para instalar los tanques criogénicos donde correspondiera. Sin embargo, tal como se evaluó previamente, este no habría sido un obstáculo o impedimento para que las apelantes decidieran ingresar a otras zonas, ni tampoco fue un obstáculo para que otras empresas diferentes de las recurrentes incursionaran en el abastecimiento de oxígeno líquido, por lo que las condiciones de participación fueron bastante similares en la LP 0399L00091 respecto de los procesos previos y llevados a cabo durante la segunda etapa.

⁴⁴⁷ Ver fojas 4930-4934 del expediente.

0.9 y 1, por lo que en el caso bajo análisis se debería incrementar el valor otorgado a la probabilidad de detección⁴⁴⁸.

806. Asimismo, a criterio de las apelantes, al tratarse de un caso que se basó en indicios observables en las bases de EsSalud y que los resultados de tales convocatorias eran públicos, la probabilidad de detección debería ser muy alta y ascender a un valor muy cercano o igual a 1⁴⁴⁹.
807. Respecto de estos alegatos, si bien se considera que los indicios detallados en apartados anteriores se basan en los resultados de los concursos convocados por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal y que, además de su naturaleza pública, fueron detectados por la propia entidad, ello no implicaría necesariamente que dicha probabilidad deba ascender a 1, puesto que las empresas imputadas intentaron esconder la actuación concertada, lo cual reduciría la probabilidad de detección. Durante primera etapa investigada, tales empresas adoptaron un comportamiento de auto descalificación que, como se mencionó en apartados anteriores, constituiría una forma de crear la apariencia de competencia⁴⁵⁰ para evitar que las autoridades detecten la infracción.
808. Pese a que la probabilidad de detección no ascendería a 1, se considera que la detección de este tipo de práctica es muy alta, al estar basada en resultados de procesos de selección públicos. Por ello, corresponde acoger en parte lo alegado por las apelantes y asignarle el valor de 0.9 a la probabilidad de detección.

d) Consideraciones tributarias no incluidas

809. A decir de Messer⁴⁵¹, el beneficio extraordinario debería ser neto y no bruto, por lo que para el cálculo de la multa se deberían excluir los siguientes conceptos: (i) impuesto general a las ventas (IGV), (ii) impuesto a la renta; y (iii) reparto de utilidades.
810. La empresa alegó, nuevamente, que se estaría vulnerando el principio de predictibilidad, así como el derecho a la igualdad, puesto que en algunas resoluciones previas de primera instancia se habría eliminado el efecto tributario. Citó la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI (Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú contra Ferrocarril Transandino S.A.,

⁴⁴⁸ Ver foja 4978 del expediente.

⁴⁴⁹ Ver por ejemplo lo indicado por Aga a fojas 4569 y 4570 del expediente.

⁴⁵⁰ Cabe resaltar que las tres ofertaron por encima del máximo, salvo Messer en la LP 018-IPSS-98 de 1999.

⁴⁵¹ A través de los informes encargados a ASP Net Center SAC (ver fojas 4777-4785 del expediente) y a Apoyo (ver fojas 4982-4983 del expediente).

Perú Rail S.A., Peruval Corp. S.A. y Peruvian Trains & Railways⁴⁵²), en la cual se habría eliminado el efecto del IGV, motivo por el cual correspondería aplicar el criterio invocado en el presente caso.

811. En relación con el descuento del Impuesto a la Renta, la Sala considera que debido a que este no es aplicado de manera directa sobre los precios, no debe ser descontado. Dicho impuesto es aplicado sobre los beneficios de la empresa, es decir, los beneficios luego de haber descontado costos y no sobre los ingresos, por lo que no correspondería aplicar el referido descuento.
812. Sobre el reparto de utilidades, se estima que este factor tampoco debe ser descontado de los ingresos, pues, al igual que en el caso anterior, no corresponde a un descuento directo sobre los precios cobrados por las empresas.
813. Respecto al IGV, es cierto que es un factor que no recibirá de manera efectiva la empresa y que se descuenta directamente de los precios. Por tal motivo, la Sala acoge este punto planteado por las apelantes, de manera que este impuesto será descontado al momento de determinar el beneficio extraordinario obtenido por las imputadas.

e) El límite del 10% de ingresos obtenidos en el periodo inmediato anterior a la Resolución de Primera Instancia

814. De acuerdo con Aga, el considerar como parámetro para la multa aplicable el 10% de los ingresos obtenidos por las empresas en el periodo inmediatamente anterior a la Resolución de Primera Instancia habría generado incentivos perversos sobre la autoridad de competencia. En particular, dicha regla llevaría a dilatar de manera innecesaria el procedimiento administrativo sobre empresas con ingresos crecientes y generaría que la multa se incremente sustancialmente. En tal sentido, para eliminar tales incentivos, correspondería aplicar únicamente el 10% sobre los ingresos que se percibieron en el periodo anterior al plazo legal para la emisión de la Resolución Final de la Comisión⁴⁵³.
815. Respecto de este punto, cabe indicar que la determinación sobre qué periodo debe considerarse para establecer el límite del 10% de los ingresos percibidos por las empresas se encuentra expresamente definido en el Decreto Legislativo 701, norma que establece que el referido porcentaje debe corresponder al ejercicio inmediato anterior al de la Resolución Final de la Comisión. Precisamente, la existencia misma de este límite apunta a fijar un

⁴⁵² Ver foja 4934-4936 del expediente.

⁴⁵³ Ver fojas 5153-5154 del expediente.

parámetro de proporcionalidad en la imposición de sanciones, con el objeto que no se incurra en un exceso de punición respecto de las empresas, o que la sanción pueda resultar confiscatoria.

816. Por tal motivo, la Sala se encuentra sujeta al límite establecido en la ley y no puede aplicar una regla distinta o efectuar una interpretación particular de dicho aspecto, debiéndose desestimar la referida alegación.

III.6.7.5. La multa aplicable a las infractoras

817. Corresponde a continuación determinar la sanción aplicable a las empresas infractoras. La fórmula utilizada para determinar el beneficio esperado es la siguiente:

$$\text{Beneficio esperado}_i = \frac{\sum_{t=1}^5 (P_{adjt}^i - P_{compt}^i) * Q_{adjt}^i}{Pr_{det}}$$

Donde:

P_{adjt}^i : Precio adjudicado por la empresa "i" en cada proceso "t"

P_{compt}^i : Precio competitivo para ítems adjudicados a la empresa "i"

Q_{adjt}^i : Volumen requerido a la empresa "i" en cada proceso "t", expresado en m³

Pr_{det} : Probabilidad de detección.

818. A continuación se describirá la forma en que se determinó cada una de estas variables. En primer lugar, la variable P_{adjt}^i corresponde al precio promedio ponderado al que se adjudicó cada proceso "t" para cada empresa "i", los cuales se detallan en el Cuadro N°37 y en el Cuadro N°38.

(VER CUADRO N°37 Y CUADRO N°38 EN LA PÁGINA SIGUIENTE)

Cuadro N°37
Precio promedio ponderado
adjudicado – Primera etapa⁴⁵⁴
(Expresados en S/. por m³)

Procesos "t"

	LP 018-IPSS-98	LP 053-ESSALUD-99	Adjudicaciones 2001-2002
<i>Empresa "i"</i>			
Praxair	4.87	5.90	7.23
Aga	5.83	7.15	9.38
Messer	8.40	11.17	13.80

Fuente: EsSalud
Elaboración: ST-SDC

Cuadro N°38
Precio promedio
ponderado adjudicado –
Segunda etapa
(Expresados en S/. por
m³)

Procesos "t"

	LP 199L00052	Adjudicaciones 2003-2004
<i>Empresa "i"</i>		
Praxair	4.10	7.03
Aga	7.58	8.21
Messer	10.12	10.27

Fuente: EsSalud
Elaboración: ST-SDC

819. En relación con el precio competitivo P_{comp}^i , este representa el precio de competencia considerado para el proceso "t" en el cual participó la empresa "i". Este precio debe reflejar de la forma más exacta posible una hipotética situación de competencia. Dado que existen dos etapas evaluadas, se definirá un precio competitivo para cada una de ellas.
820. Tal como se mencionó en el apartado anterior, respecto de la primera etapa, si bien el valor de referencia y, consecuentemente los precios adjudicados bajo un escenario de competencia pudieron haber alcanzado menores valores, se considera que la mejor aproximación a una situación de competencia corresponde al valor de referencia mínimo aceptable en cada uno de ellos, el cual ascendió, al 50% en el caso de la LP 018-IPSS-98 de

⁴⁵⁴

Cabe resaltar que algunos de los precios no coinciden con aquellos determinados por la primera instancia, toda vez que la Sala ha identificado que ello se debe principalmente a que la Comisión no tomó en cuenta la información correspondiente a algunas Gerencias Departamentales (G.D. Lima y Hospital Nacional Almanzor Aguinaga) para realizar sus cálculos. Asimismo, la diferencia más significativa corresponde a las cantidades asociadas con las Adjudicaciones de 2001-2002. Ello se debe a que los cálculos de la primera instancia consideraron únicamente los seis primeros meses de tales adjudicaciones, mientras que esta instancia ha considerado la totalidad de adjudicaciones, las cuales incluyeron un periodo total de un año.

1999 y la LP 053-ESSALUD-99 de 2000-2001 y que se aproximó en 70% en el caso de las Adjudicaciones de 2001-2002⁴⁵⁵.

821. Por otro lado, en la segunda etapa, se ha podido observar que la práctica concertada se mantuvo hasta el mes de junio de 2004, momento en que se llevó a cabo la LP 0399L00091 de 2004-2005 en la que se observa un desvío de la colusión y recién se verifica que las empresas compitieron entre ellas a nivel nacional. Como fue mencionado previamente, dado que se cuenta con un escenario con condiciones similares⁴⁵⁶ a las de los dos procesos previos, se ha decidido utilizar los precios competitivos adjudicados en tal LP.
822. A continuación, se detallan los precios competitivos calculados tanto en la primera como en la segunda etapa evaluada.
823. El precio competitivo para cada proceso de selección llevado a cabo durante la primera etapa, está dado por la siguiente fórmula.

$$P_{comp}^i = X \frac{\sum_{j=1}^n val.ref_j * q_j}{\sum_{j=1}^n q_j}$$

Donde:

- X : Porcentaje considerado en función al proceso de selección (50% o 70%)
- Val. ref._j : Valor de referencia por cada ítem “j” determinado en las bases.
- q_j : Cantidad requerida en las bases por el ítem “j” determinado en las bases.
- n : Número de ítems licitados en cada proceso en que cada empresa “i” resultó ganadora.

824. A partir de dicha fórmula se llegó a los siguientes resultados⁴⁵⁷:

⁴⁵⁵ Para ello se tomó como referencia el valor mínimo aceptado en la siguiente licitación, LP 0199L00052 de 2002-2003, en la cual se determinó que la oferta mínima aceptable era el 70% del valor de referencia.

⁴⁵⁶ Si bien algunas condiciones cambiaron durante la LP 0399L00091 de 2004-2005, se mantuvieron las principales condiciones como una baja cantidad de zonas a abastecer por cada ítem y una separación del oxígeno líquido y medicinal, algo que no ocurrió durante la primera etapa evaluada.

⁴⁵⁷ Las diferencias con los cálculos de la Comisión son explicados en la nota al pie 454.

Cuadro N°39
Precio promedio ponderado
competitivo – Primera etapa
(Expresados en S/. por m³)

Procesos "t"			
	LP 018-IPSS-98	LP 053-ESSALUD-99	Adjudicaciones 2001-2002
Empresa "i"	Praxair	2.05	2.69
	Aga	2.70	3.27
	Messer	4.00	5.08

Fuente: EsSalud
Elaboración: ST-SDC

825. En el caso de la segunda etapa, los precios fueron calculados considerando los valores y precios correspondientes a la empresa que obtuvo la Buena Pro en la LP 0399L00091, tal como se detalla en la siguiente fórmula:

$$P_{comp}^i = \frac{\sum_{j=1}^n (P_{adj j} * q_{adj j})}{\sum_{j=1}^n q_{adj j}}$$

Donde:

P_{comp}^i : Precio de competencia para la empresa "i"
 $P_{adj j}$: Precio adjudicado por el ítem "j"
 $q_{adj j}$: Cantidad adjudicada por el ítem "j"

826. A partir de ella, se llegó a los siguientes resultados:

Cuadro N°40
Precio promedio
ponderado competitivo –
Segunda etapa
(Expresados en S/. por
m³)

Procesos "t"		
	LP 199L00052	Adjudicaciones 2003-2004
Empresa "i"	Praxair	3.08
	Aga	3.18
	Messer	3.69

Fuente: EsSalud
Elaboración: ST-SDC

827. Por su parte, la variable Q_{adjt}^i proveniente de la fórmula inicial, corresponde al volumen adjudicado en cada proceso "t" a cada empresa "i", cuyo detalle se presenta a continuación⁴⁵⁸:

Cuadro N°41
Cantidades adjudicadas en los procesos
(Expresadas en m³)

	Procesos "t"				
	LP 018-IPSS-98	LP 053-ESSALUD-99	Adjudicaciones 2001-2002	LP 199L00052	Adjudicaciones 2003-2004
Empresa "i"	Praxair	2,030,580.56	2,423,546.35	2,246,597.16	898,917.00
	Aga	245,965.00	289,428.04	403,341.00	390,269.00
	Messer	99,747.00	84,884.00	150,775.00	46,609.00

Fuente: EsSalud
Elaboración: ST-SDC

828. Una vez definidas todas las variables y valores considerados para el cálculo del beneficio extraordinario, es necesario determinar la probabilidad de detección de la infracción para evaluar el beneficio esperado de la conducta.

829. Como se mencionó en apartados anteriores, a diferencia de lo señalado por la Comisión, se considera que la probabilidad de que la conducta sea detectada es muy alta y se le ha asignado el valor de 0.9 por los argumentos descritos en apartados anteriores.

830. A continuación, se detallará en el Cuadro N°42 cuáles fueron los beneficios extraordinarios por cada una de las etapas, calculados sobre la base de la siguiente fórmula, cuyos componentes fueron descritos previamente⁴⁵⁹:

$$Beneficio\ extraordinario_i = \sum_{t=1}^5 (P_{adjt}^i - P_{compt}^i) * Q_{adjt}^i$$

Donde:

P_{adjt}^i : Precio adjudicado por la empresa "i" en el proceso de selección "t"

P_{compt}^i : Precio de competencia ascendente al 50% o 70% del valor de referencia para la empresa "i" en el proceso de selección "t"

Q_{adjt}^i : Cantidad total adjudicada por la empresa "i" en el proceso de selección "t"

⁴⁵⁸ Las diferencias con los cálculos de la Comisión son explicados en la nota al pie 454.

⁴⁵⁹ Ver fórmula completa descrita en numeral 817.

Cuadro N°42
Beneficios extraordinarios – Primera etapa
(Expresado en S/.)

	LP 018-IPSS-98	LP 053-ESSALUD-99	Adjudicaciones 2001-2002
Praxair	5,726,079	7,782,461	4,875,754
Aga	769,688	1,122,841	1,134,975
Messer	438,915	517,252	624,380

Fuente: EsSalud
Elaboración: ST-SDC

Cuadro N°43
Beneficios
extraordinarios –
Segunda etapa
(Expresado en S/.)

	LP 199L00052	Adjudicaciones 2003-2004
Praxair	915,779	5,351,495
Aga	1,720,136	701,492
Messer	299,990	23,498

Fuente: EsSalud
Elaboración: ST-SDC

831. Dado que se ha optado por no incluir el IGV en este caso, puesto que se trata de un monto que cada una de las imputadas no recibirá de manera efectiva y es aplicado directamente sobre el precio, a continuación se presentarán los beneficios extraordinarios obtenidos por cada una de ellas sin aplicar el IGV.

Cuadro N°44
Beneficios extraordinarios sin IGV –
Primera etapa
(Expresado en S/.)

	LP 018-IPSS-98	LP 053-ESSALUD-99	Adjudicaciones 2001-2002
Praxair	4,811,831	6,539,883	4,097,272
Aga	646,797	943,564	953,760
Messer	368,836	434,666	524,689

Fuente: EsSalud
Elaboración: ST-SDC

Cuadro N°45
Beneficios extraordinarios
sin IGV – Segunda etapa
(Expresado en S/.)

	LP 199L00052	Adjudicaciones 2003-2004
Praxair	769,562	4,497,055
Aga	1,445,492	589,489
Messer	252,092	19,746

Fuente: EsSalud
Elaboración: ST-SDC

832. Al sumar los beneficios extraordinarios para cada uno de los procesos considerados y asignarles la probabilidad de detección de 0.9, se obtuvo el beneficio esperado por cada una de las infractoras, los cuales se detallan en el Cuadro N°46.

Cuadro N°46
Determinación del
beneficio esperado
(Expresado en S/.)

Empresas	Beneficio Esperado (S/.)
Praxair	23,017,336
Aga	5,087,892
Messer	1,777,810

Fuente: EsSalud
Elaboración: ST-SDC

833. Este Colegiado considera que sobre la base de los criterios evaluados previamente, y al tratarse de una infracción que califica como muy grave, corresponde imponer una multa que resulte adecuada para desincentivar la conducta anticompetitiva de las empresas.
834. Al haberse configurado una infracción muy grave, de acuerdo con el artículo 23 del Decreto Legislativo 701, la autoridad de competencia se encuentra facultada para aplicar multas superiores a las 1,000 UIT, siempre y cuando dicho monto no supere el 10% de los ingresos de las empresas en el periodo anterior a la resolución final de la Comisión.
835. En tal sentido, corresponde determinar a cuánto asciende el monto equivalente al 10% de los ingresos de las empresas durante el año 2009, toda vez que la Resolución de Primera Instancia fue expedida el 13 de agosto de 2010.

Cuadro N°47
Determinación del 10%
ingresos del año 2009⁴⁶⁰
(Expresado en S/.)

Empresas	10% ventas
Praxair	13,812,549
Aga	4,637,295
Messer	3,597,006

Fuente: Aga, Messer, Praxair
Elaboración: ST-SDC

836. A continuación, se comparará el beneficio esperado con el 10% de las ventas de las empresas, de tal forma que pueda determinarse la multa sobre la base del menor de estos valores, para posteriormente expresar dicho monto en UIT.

Cuadro N°48
Determinación de la multa

Empresas	Beneficio Esperado (S/.)	10% ventas (S/.)	Valor multa (S/.)	Valor multa (UIT)
Praxair	23,017,336	13,812,549	13,812,549	3,836.82
Aga	5,087,892	4,637,295	4,637,295	1,288.14
Messer	1,777,810	3,597,006	1,777,810	493.84

Fuente: Aga, Messer, Praxair, EsSalud
Elaboración: ST-SDC

837. En el caso de Praxair y Aga los beneficios esperados son superiores al 10% de sus ingresos, por lo que se utilizó este último parámetro para la determinación de la multa, mientras que para el caso de Messer se utilizaron los beneficios esperados, al ser estos inferiores al 10% de sus ventas.
838. Por tanto, corresponde confirmar la Resolución de Primera Instancia en lo referido a la multa aplicada a Praxair la cual asciende a 3,836.82 UIT, mientras que, atendiendo a las consideraciones expuestas, corresponde modificar la multa tanto para Aga como para Messer, quedando fijadas en 1,288.14 y 493.84, respectivamente.

⁴⁶⁰

Cabe resaltar que se ha encontrado una discrepancia entre los cálculos de primera instancia y los realizados por esta Sala. En particular, la Comisión refirió que el 10% de los ingresos de Aga ascendieron a S/. 4,802,040, mientras que este Colegiado calculó que ascendieron a S/. 4,637,295, de acuerdo con la información disponible en el expediente.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI del 13 de agosto de 2010, emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en el extremo que declaró fundado el pronunciamiento iniciado de oficio contra Praxair Perú S.R.L., Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A. por la comisión de una infracción al artículo 6 del Decreto Legislativo 701, consistente en prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de reparto de mercado, en los procesos de selección convocados por el Seguro Social de Salud – EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso, a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI del 13 de agosto de 2010, emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en el extremo que sancionó a Praxair Perú S.R.L. con una multa de 3,836.82 Unidades Impositivas Tributarias.

TERCERO: modificar la Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI del 13 de agosto de 2010, emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en el extremo que sancionó a Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A. con una multa de 1,333.90 Unidades Impositivas Tributarias y 578.98 Unidades Impositivas Tributarias respectivamente, e imponer a dichas empresas una multa de 1,288.14 Unidades Impositivas Tributarias y 493.84 Unidades Impositivas Tributarias, respectivamente.

Con la intervención de los señores vocales Silvia Lorena Hooker Ortega, Julio Carlos Lozano Hernández, Sergio Alejandro León Martínez y Javier Francisco Zúñiga Quevedo.

SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Vicepresidente