

Expediente 002-2008/CLC

Resolución

Nº 051-2010/CLC-INDECOPI

Lima, 13 de agosto de 2010

VISTOS:

La Resolución 003-2008-INDECOPI/CLC del 25 de enero de 2008, mediante la cual la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) inició de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra Praxair Perú S.R.L. (en adelante, Praxair), Aga S.A. (en adelante, Aga) y Messer Gases del Perú S.A. (en adelante, Messer), por presuntas 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 (en adelante, 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; los descargos de las investigadas; el Informe Técnico 003-2010/ST-CLC-INDECOPI del 5 de marzo de 2010, mediante el cual la Secretaría Técnica de la Comisión (en adelante, la Secretaría Técnica) emitió su opinión acerca del presente procedimiento; las alegaciones de las empresas investigadas; la audiencia de informe oral del 6 de mayo de 2010; las demás actuaciones del procedimiento; y

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. En enero de 2003, EsSalud¹ puso en conocimiento del Sistema Nacional de Control² la existencia de coincidencias en las propuestas económicas presentadas por Praxair, Aga y Messer en las licitaciones públicas de 1999, 2000 y 2001, que indicarían un reparto geográfico del mercado de suministro de oxígeno medicinal a EsSalud.

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>.

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.

2. La Secretaría Técnica, en el marco de la investigación preliminar correspondiente, requirió a EsSalud, al Ministerio de Salud (en adelante, el Minsa), Praxair, Messer, Aga, Indura S.A. (en adelante, Indura) y al Congreso de la República, diversa información relacionada con los procesos de selección llevados a cabo para la adquisición de oxígeno medicinal.
3. El 12 de diciembre de 2006, con la finalidad de obtener mayores elementos de juicio, la Secretaría Técnica realizó visitas inspectivas en las oficinas de Praxair, Aga, Messer e Indura.
4. El 25 de enero de 2008, mediante Resolución 003-2008-INDECOPI/CLC (en adelante, la Resolución de Inicio), 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 2004; 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)³.
5. La Comisión tomó esta decisión al haber identificado, entre otros, los siguientes indicios:
 - i. Las empresas obtuvieron la Buena Pro en zonas distintas (de una menor dimensión) a sus respectivas áreas de influencia, las cuales estaban determinadas por la ubicación de sus plantas de producción, las características del territorio nacional y las especificidades de los procesos de selección realizados por EsSalud.
 - ii. Repetidamente, las adjudicaciones de la Buena Pro determinaron que Aga proveyera la zona norte del país, Messer la zona centro y Praxair las zonas sur y Lima, con precios cercanos al 110% del valor referencial establecido por EsSalud. Paralelamente, las empresas perdedoras se autodescalificaban al ofertar precios superiores al 110% del valor referencial 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

3

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;

(...)

referencial, lo que haría inexplicable su comportamiento previo consistente en restringirse a una zona específica.

Considerando lo anterior, la Comisión concluyó preliminarmente que, 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 autodescalificándose en las demás zonas.

6. Durante la investigación preliminar y el procedimiento administrativo sancionador, las empresas investigadas han presentado diversos escritos desarrollando sus argumentos de defensa. Al respecto, Praxair ha señalado, entre otros, que⁴:
- i. La presentación de ofertas superiores al 110% del valor referencial se debió a la implementación de una estrategia de *signalling*⁵, cuyo propósito fue 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 decisión de ofertar oxígeno medicinal es secundaria a aquella de ofertar en el mercado industrial, pues existen mayores márgenes de utilidad con agentes privados que con EsSalud.
 - iii. La caída del precio del oxígeno medicinal en los procesos de selección fue consecuencia de los cambios estructurales realizados por EsSalud mediante la modificación de las bases de las licitaciones, cambios que provocaron un incremento en el número de empresas competidoras.
 - iv. La simultaneidad de los procesos de selección y su duración debilitan 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 más grande del mercado, no tenía incentivos para compartir beneficios con otras empresas y, dado que operaba cerca al límite de su capacidad, sólo le hubiera convenido realizar una práctica colusoria ante un precio muy alto.

⁴ 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.

⁵ Término 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.

- vi. El Índice de Herfindahl-Hirschman (*Herfindahl-Hirschman Index* o HHI)⁶ no refleja la verdadera competencia existente en el mercado. No obstante, su reducción en el tiempo indica inequívocamente la desconcentración del mercado.
7. Por su parte, Aga ha señalado, entre otros argumentos, que⁷:
- 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. Asimismo, sirvió para anunciar una posible autodescalificación para anular los procesos.
 - ii. El mercado de análisis debería ser más amplio, considerando la sustituibilidad del oxígeno medicinal con el producido por el sistema PSA⁸, la alta elasticidad de la oferta de las empresas que cuentan con el sistema ASU⁹ y la existencia de importaciones.
 - iii. EsSalud influye directamente sobre la elasticidad de la demanda al ser un comprador monopsónico, pues tiene la posibilidad de establecer el precio de adquisición del oxígeno medicinal en un nivel distinto al que hubiera resultado de la libre competencia.
 - iv. Las ventas de oxígeno medicinal representan un bajo porcentaje de sus ingresos, lo cual es común para las empresas que cuentan con el sistema de producción ASU.
8. Finalmente, Messer ha indicado, entre otros argumentos, que¹⁰:
- i. El oxígeno industrial presenta un proceso productivo similar al del oxígeno medicinal, motivo por el cual, debería ser considerado en el mercado relevante. Asimismo, el mercado geográfico debería extenderse a todo el territorio nacional, dado que en dicho territorio es posible adquirir oxígeno de terceros.
 - ii. EsSalud representa el 8% del total de sus ventas, por lo que no sería un cliente de importancia. Adicionalmente, los precios ofrecidos en los

⁶ El HHI se calcula sumando las cuotas de mercado de cada uno de los agentes económicos elevadas al cuadrado. 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 ($900 + 900 + 400 + 400 = 2,600$).

⁷ De acuerdo a los escritos del 19 de mayo de 2006; y 24 de marzo, 31 de julio y 15 de agosto de 2008.

⁸ El sistema PSA (*Pressure Swing Absorption*) consiste en un proceso cíclico de presión de varios tanques que contienen el material adsorbente selectivo (tamiz molecular) y un montaje que contiene válvulas de fluctuación. Ver: http://www.loteproesa.com/DownLoads/Spa_Oxgeno.pdf.

⁹ 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/LZAEnglissh.pdf>. Cabe mencionar que las tres empresas investigadas producen oxígeno bajo el sistema ASU.

¹⁰ 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.

procesos de selección no difieren en más del 5% de los precios ofrecidos a los clientes industriales.

- iii. El nivel de competencia en los procesos de selección es determinado por EsSalud, mediante sus requerimientos. En ese sentido, una reducción de precios no significa que los precios anteriores hayan sido el resultado de una colusión entre competidores, sino de las condiciones impuestas por EsSalud.
 - iv. Existen dificultades para la realización de prácticas restrictivas de la competencia, debido a la existencia de asimetría entre las empresas investigadas. Las empresas con menor participación (como Messer) enfrentaban menores costos por desviarse de un acuerdo.
 - v. La modalidad de subasta de sobre cerrado reduce la probabilidad de llevar a cabo una concertación, pues elimina los mecanismos efectivos de supervisión y control.
 - vi. La homogeneidad del producto es poco relevante para el supuesto de concertaciones destinadas al reparto de mercado, dado que el acuerdo no se centra en los precios del producto.
 - vii. Tuvo dificultades para competir debido a que no contaba con una planta propia. Recién a fines de 2001, en la ciudad de Chimbote, Messer instaló su planta. Sin embargo, redujo sus operaciones como consecuencia de la posible venta de su empresa matriz.
 - viii. El procedimiento administrativo sancionador se ha excedido de los plazos establecidos por el Decreto Legislativo 1034, sin que se haya acreditado su responsabilidad, por lo que debía ser absuelta de los cargos imputados.
9. Mediante Informe Técnico 003-2010/ST-CLC-INDECOPI del 5 de marzo de 2010 (en adelante, el Informe Técnico), la Secretaría Técnica emitió su opinión sobre el presente procedimiento y recomendó a la Comisión:
- 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 (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.
10. El 13 de abril de 2010, Messer remitió un escrito señalando su disconformidad con los plazos del procedimiento.

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 e incluso a todo el mercado nacional.
 - ii. El nivel de competencia lo determina EsSalud, entidad que actuó inicialmente como un monopsonio ineficiente al diseñar procesos de selección que luego corrigió.
 - iii. No se ha realizado un análisis de la evolución de la infraestructura de Praxair.
 - iv. No es exacto afirmar que, a partir de la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004), todas las empresas hayan ganado en zonas donde antes no lo hacían pues, en su caso, sólo participó fuera de su zona tradicional a partir de 2005. A partir de la Licitación Pública 0599L00081 (noviembre, 2005), se adjudicó 11 entidades que antes no atendía, 3 de forma exclusiva y 8 a prorrata con otras empresas.
 - v. Casi la totalidad de sus clientes privados estuvieron en su zona tradicional de provisión, pues no estaba en condiciones de atender otras zonas.
 - vi. El diseño de los procesos de selección de EsSalud alentó a las empresas investigadas a permanecer en sus respectivas zonas tradicionales.
 - vii. La empresa era libre de implementar una estrategia de *signalling*, y esta estrategia tuvo resultados positivos entre el primer y segundo proceso de selección.
 - viii. La Secretaría Técnica cambió su argumento sobre la necesidad de que existan dos o más postores para que se realice un proceso de selección por el de la autodescalificación y el *signalling* como mecanismo de control del cartel. Al no ser necesario que participaran dos o más empresas, el modo más sencillo de concertar habría sido que las otras empresas no participaran. Asimismo, la forma más sencilla de controlar el cumplimiento del cartel habría sido esperar y ver los resultados, no habría habido necesidad de *signalling*.
 - ix. 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. Los compromisos de largo plazo de la empresa en el mercado industrial representaban más del 70% de su producción y limitaban su capacidad para atender la demanda de Essalud.
 - x. Se ha realizado un análisis errado de los siguientes *plus factors*: poder de compra, márgenes altos, barreras de entrada, economías de escala, simultaneidad y contratos de un año, asimetrías en tamaño, homogeneidad del producto, capacidad instalada y elasticidad de la demanda.
 - xi. El caso chileno sobre oxígeno mencionado en el Informe Técnico fue revocado por la Corte Suprema de ese país, mientras que el caso argentino se encuentra en apelación.
 - xii. La Secretaría Técnica se ha excedido del plazo de ley, tomó más de 7 meses la instrucción y más de 30 días la emisión del Informe Técnico, por lo que se ha vulnerado el debido proceso.
 - xiii. La prescripción debe ser contada para cada proceso. La infracción continuada sólo es aplicable si los presuntos concertadores pueden anticipar las condiciones del mercado y éstas dependen de EsSalud.

12. El 14 de abril de 2010, Aga presentó sus alegaciones al Informe Técnico, señalando lo siguiente¹¹:

- i. Existen costos irrecuperables por atender una zona, por lo que hay una tendencia a mantener la misma zona y participar en otras sólo por presencia de la empresa.
- ii. No existe una correcta definición del mercado relevante, el cual debería incluir al oxígeno industrial e incluso a todo el mercado nacional.
- iii. El nivel de competencia lo determina EsSalud, entidad que actuó inicialmente como un monopsonio ineficiente al diseñar procesos de selección que luego corrigió.
- iv. La empresa sólo atendió la zona norte del país como resultado de su política comercial de la década de los ochenta.
- v. Durante el primer periodo señalado en el Informe Técnico, la empresa tenía una situación ventajosa en la zona norte del país, por eso podía presentar ofertas cercanas al 110%. Presentando ofertas superiores al 110% en otras zonas, sabiendo que iba a ser descalificada, quería mostrar 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 y por la reducción de sus costos.
- vii. La política de la empresa durante 2005 y 2006 determinó que el Área Medicinal obtuviera resultados negativos en dicho periodo. En cambio, el comportamiento de la empresa durante el periodo de investigación, consistente en atender sólo las zonas tradicionales, fue correcto pues no produjo pérdidas.
- viii. A partir de 2006, los precios del oxígeno nuevamente se incrementaron, por lo que no es cierto que el inicio de la competencia en 2004 haya producido una constante tendencia decreciente en el precio.
- ix. El HHI disminuyó durante el periodo investigado.
- x. La periodicidad anual de la demanda de EsSalud no favorece a la empresa, pues genera incertidumbre sobre las inversiones a realizar en la zona adjudicada, dado que al siguiente año se puede perder la zona y, con ella, las inversiones realizadas.
- xi. La Secretaría Técnica se ha excedido del plazo de ley, tomó más de 7 meses la instrucción y más de 30 días la emisión del Informe Técnico, por lo que se ha vulnerado el debido proceso.
- xii. La Secretaría Técnica 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 de Inicio.
- xiii. Se ha vulnerado la presunción de inocencia. El retraso excesivo es prueba de que no se podía sustentar la imputación y de que se extendió el plazo para forzar la determinación de la infracción.

¹¹ 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.

- xiv. La prescripción debe ser contada para cada proceso. La infracción continuada sólo es aplicable si los presuntos concertadores pueden anticipar las condiciones del mercado y éstas 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 Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998), lo que descarta la hipótesis según la cual presentó ofertas en todas las zonas y se autodescalificó en las zonas no asignadas.
 - ii. No podía participar en todas las zonas porque tenía la producción comprometida y no contó con planta propia sino hasta el 2001.
 - iii. Existen costos irrecuperables por atender una zona, por lo que hay una tendencia a mantener la misma zona y participar en otras sólo por presencia de la empresa.
 - iv. La Secretaría Técnica 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 e incluso a todo el mercado 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 se ha excedido del plazo de ley, tomó más de 7 meses la instrucción y más de 30 días la emisión del Informe Técnico, por lo que se ha vulnerado el debido proceso.
 - ix. La prescripción debe ser contada para cada proceso. La infracción continuada sólo es aplicable si los presuntos concertadores pueden anticipar las condiciones del mercado y éstas dependen de EsSalud.
14. El 6 de mayo de 2010, se realizó la audiencia de informe oral con la participación de los representantes de Praxair, Aga y Messer. Durante el desarrollo de la audiencia, los representantes de las empresas investigadas expusieron sus argumentos sobre los hechos materia de investigación.
15. El 17 de mayo de 2010, Aga remitió copia de la presentación que utilizó durante su intervención en la audiencia de informe oral del 6 de mayo de 2010.
16. El 20 de mayo de 2010, Praxair presentó sus alegatos finales y remitió copia de la presentación que utilizó durante su intervención en la audiencia de informe oral del 6 de mayo de 2010.
17. El 8 de julio de 2010, Messer presentó el informe denominado "Estimación de la Multa aplicada por Indecopi a Messer" y reiteró los argumentos señalados en su escrito del 14 de abril de 2010.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

18. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si Praxair, Aga y Messer realizaron prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de reparto de mercado, en los procesos de selección convocados por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso, a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. MARCO CONCEPTUAL

3.1.1. Norma aplicable

19. En virtud de lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú¹², 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.
20. En lo que se refiere a la potestad sancionadora administrativa, el numeral 5 del artículo 230 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹³, establece que 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.
21. De acuerdo a lo anterior, la norma aplicable al presente procedimiento administrativo sancionador es el Decreto Legislativo 701¹⁴, toda vez que la infracción investigada se habría producido durante su vigencia.
22. Sin perjuicio de ello, en virtud de lo dispuesto por la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de

¹² 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.

¹³ 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.

¹⁴ Norma que prohibía y sancionaba las conductas anticompetitivas y que estuvo vigente hasta el 24 de julio de 2008.

Conductas Anticompetitivas¹⁵, las disposiciones de naturaleza procesal de esta última norma resultan aplicables al presente procedimiento¹⁶.

3.1.2. Estándar de prueba aplicable a las prácticas concertadas

23. 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 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.
24. Específicamente, el artículo 6 del Decreto Legislativo 701 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.
25. Se entiende por acuerdo que restringe la competencia, todo concierto de voluntades mediante el cual varios operadores económicos independientes se comprometen en una conducta que tiene por objeto o efecto restringir la competencia.
26. Las prácticas concertadas consisten en aquellas conductas voluntariamente coordinadas que no pueden ser acreditadas por prueba directa de la celebración de un acuerdo entre agentes económicos, con la finalidad de restringir o eliminar la competencia. Sin embargo, a partir de la actuación de dichos agentes en el mercado y de otras pruebas indirectas, se puede inferir como única explicación lógica la adopción de una estrategia concertada. Estas conductas se prueban mediante indicios y presunciones.
27. En los procedimientos sobre conductas anticompetitivas, los indicios y presunciones son herramientas particularmente importantes, toda vez que las empresas, conscientes en muchos casos de la ilegalidad de su conducta, suelen desarrollarla de tal manera que hacen difícil su detección. Así, muchas estrategias anticompetitivas no son registradas por escrito o, si lo son, se usa un lenguaje ambiguo.
28. En tal sentido, la comprobación de la existencia de una práctica restrictiva de la competencia generalmente se producirá en base a indicios, que deben ser apreciados en conjunto por la autoridad de competencia para poder extraer

¹⁵ Norma que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas y que está vigente desde el 25 de julio de 2008.

¹⁶ 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.



presunciones que logren formarle convicción respecto de los hechos investigados¹⁷.

29. Al respecto, el artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444 establece que el procedimiento administrativo se sustenta, entre otros, en el principio de verdad material. Según este principio, 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 ley¹⁸.
30. Por su parte, el artículo 166 de la Ley 27444 establece que los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir el resultado de un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa. Como puede advertirse, considerando que no existen pruebas tasadas, cualquier tipo de medio probatorio servirá para acreditar la comisión de una práctica colusoria, incluidos los sucedáneos de los medios probatorios constituidos por los indicios y presunciones¹⁹.
31. Los sucedáneos de los medios probatorios son auxilios establecidos por la ley o asumidos por la autoridad para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos. Dentro de los sucedáneos de los medios probatorios se encuentran los indicios, entendidos como aquellos actos, circunstancias o signos, suficientemente acreditados, que adquieren significación en su conjunto cuando conducen a la autoridad a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia. Por su parte, la presunción es el razonamiento lógico crítico que, a partir de uno o más indicios, lleva a la autoridad a la certeza del hecho investigado. Cabe señalar que el uso de los sucedáneos de los medios probatorios está reconocido por el Código Procesal Civil²⁰, norma de aplicación supletoria al presente procedimiento.

¹⁷ Ver Resolución 276-97/TDC-INDECOPI del 19 de noviembre de 1997, procedimiento seguido de oficio contra la Asociación Peruana de Avicultura y otros.

¹⁸ **Ley 27444**
Título Preliminar
Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo
El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
(...)
1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.
En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público. (...)

¹⁹ **Ley 27444**
Artículo 166.- 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. (...)

²⁰ **Código Procesal Civil**
Artículo 275. Finalidad de los sucedáneos.- 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.

32. La interrelación entre el indicio y la presunción consiste en que, a partir de uno o más indicios, se puede presumir como cierta la ocurrencia de un hecho. Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, se puede obtener inferencias que permitan a la autoridad presumir el hecho indicado. Los indicios son la fuente de donde se obtiene la presunción. Aquéllos son los hechos y ésta el razonamiento conclusivo²¹.
33. Así, los indicios son hechos que se acreditan por cualquiera de los medios probatorios que la ley autoriza a utilizar. Probada la existencia de los indicios, la autoridad encargada de resolver podrá utilizar el razonamiento lógico para inferir del conjunto de indicios la certeza de la ocurrencia de lo que es objeto del procedimiento. Negar la utilización de los sucedáneos de los medios probatorios sería negarle a la autoridad administrativa la posibilidad de efectuar un razonamiento lógico, posibilidad que está claramente admitida por la ley mediante la aplicación supletoria del Código Procesal Civil.
34. Al respecto, cabe recordar que esta Comisión, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (en adelante, el Tribunal) y la autoridad jurisdiccional correspondiente han utilizado indicios y presunciones para el análisis de prácticas restrictivas de la competencia.
35. De acuerdo a las autoridades competentes, los sucedáneos de los medios probatorios son relevantes en aquellos casos donde no existen pruebas directas (por ejemplo, porque los infractores han eliminado los rastros de su conducta). Así, para determinar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, es necesario recurrir al análisis de hechos indicadores que, en su conjunto y a través de un razonamiento lógico crítico, demuestren la ocurrencia del hecho investigado y descarten cualquier otra explicación alternativa²².

Artículo 276. Indicio.- 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.

Artículo 277. Presunción.- Es el razonamiento lógico crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado.
La presunción es legal o judicial.

²¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Tomo II, páginas 611, 613 y 696.
"Es evidente que el indicio, como un hecho material, nada prueba, si no se le vincula a una regla de experiencia, mediante la presunción de hombre que en ella se basa, para deducir de aquél un argumento lógico - crítico (...). Por lo tanto, la presunción judicial no se identifica con el indicio, sino es apenas la base del argumento de prueba que el juez encuentra en el segundo, mediante la operación lógica - crítica que lo valora."
"El indicio es la prueba y la presunción judicial la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla..."
"La presunción (...) es diferente del indicio, como la luz lo es de la lámpara que la produce. Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, obtiene el juez las inferencias que le permiten presumir el hecho indicado, pero esto no significa que se identifiquen, porque los primeros son la fuente de donde se obtiene la segunda, aquellos son los hechos y ésta el razonamiento conclusivo."

²² Ver, por todas:

- Resolución 105-96-TDC del 23 de diciembre de 1996, emitida en el procedimiento iniciado por denuncia de la Municipalidad Provincial de Lambayeque contra Cooperativa de Transportes San Pablo y otros, página 7.
- Resolución 004-97-INDECOPI-CLC del 21 de febrero de 1997, emitida en el procedimiento iniciado por denuncia de Petróleos del Perú S.A. contra Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A., página 4.

36. Así, por ejemplo, en el procedimiento seguido por denuncia de Petr6leos del Per6 S.A. contra Rheem Peruana S.A. y Envases Met6licos S.A., por pr6cticas restrictivas de la competencia en la modalidad de concertaci6n de precios en los procesos de selecci6n convocados por la denunciante para la adquisici6n de cilindros de acero, la Comisi6n sancion6 a las denunciadas basando su decisi6n en el uso de indicios y presunciones. Al respecto, la Comisi6n se6al6 lo siguiente²³:

"... [S]i bien en el presente procedimiento no se ha encontrado una prueba directa que revele la existencia de convenios o acuerdos entre las empresas denunciadas respecto de los precios y/o vol6menes ofertados a Petroper6, existe una serie de hechos coincidentes en el tiempo frente a un mismo comprador ocurridos con posterioridad a una nutrida competencia a nivel de precios, hechos que de ninguna manera parecen responder a una situaci6n de competencia efectiva y que s6lo pueden ser explicados como el producto de un acuerdo previo entre las empresas denunciadas, m6s aun cuando los costos de transacci6n para concretar un acuerdo contrario al Decreto Legislativo N6 701 se ven notablemente reducidos por la existencia de un duopolio en el mercado analizado."

La decisi6n de la Comisi6n fue confirmada por el Tribunal, a partir de los mismos indicios y presunciones. Sobre el particular, el Tribunal se6al6 lo siguiente²⁴:

*"... [E]sta Sala concuerda con la Comisi6n en el sentido que, en el presente caso, existe una serie de hechos coincidentes en el tiempo frente a un mismo comprador ocurridos con posterioridad a una fuerte competencia a nivel de precios que no responden a una situaci6n de competencia efectiva y que s6lo pueden ser explicados como el producto de un acuerdo previo entre las empresas denunciadas.
(...)"*

La sucesi6n de coincidencias y su perfecta consistencia con un acuerdo que maximice la utilidad de ambas en el contexto de una repartici6n del mercado, constituyen elementos de prueba que crean convicci6n en la Sala sobre la existencia de un acuerdo entre las empresas denunciadas."

Finalmente, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia confirm6 esta decisi6n²⁵, estableciendo que los indicios y presunciones identificados

-
- Resoluci6n 255-97-TDC del 22 de octubre de 1997, emitida en el procedimiento seguido por Petr6leos del Per6 S.A. contra Rheem Peruana S.A. y Envases Met6licos S.A., p6gina 8.
 - Resoluci6n de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 8 de junio de 2000 (A.V. 71-98), emitida respecto del procedimiento iniciado por denuncia de Petr6leos del Per6 S.A. contra Rheem Peruana S.A. y Envases Met6licos S.A.
 - Resoluci6n 017-2000-INDECOPI/CLC del 18 de diciembre de 2000, emitida en el procedimiento iniciado por denuncia de Electro Sur Este S.A.A. contra Inti E.I.R.L., Percy Enriquez Esquivel – Ingeniero Contratista y Quiroga Contratistas Generales S.R.L., p6gina 7.

²³ Resoluci6n 004-97-INDECOPI-CLC del 21 de febrero de 1997, p6gina 7.

²⁴ Resoluci6n 255-97-TDC del 22 de octubre de 1997, p6ginas 12 y 13.

servían para sancionar la actuación de Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A.

37. Del mismo modo, en el procedimiento iniciado por denuncia de Electro Sur Este S.A.A. contra Inti E.I.R.L., Percy Enríquez Esquivel y Quiroga Contratistas Generales S.R.L., por prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de concertación en el Concurso Público para la "Renovación de Redes de Distribución Secundaria de la Zona Céntrica de Puerto Maldonado S.S.E.E. 211, 405, 305 311", nuevamente, la Comisión sancionó a las denunciadas basando su decisión en el uso de indicios y presunciones. Al respecto, la Comisión señaló lo siguiente²⁶:

"Es conveniente precisar que tanto la Comisión de Libre Competencia como la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi se han pronunciado en el sentido de declarar que este tipo de coincidencias resultan fuertes indicios de concertación, dentro de procesos de adquisición pública realizados a través de concursos con propuestas presentadas en sobre cerrado y mediante invitación a ofrecer.

(...)

De otro lado, esta Comisión considera que los indicios de concertación detallados previamente, evaluados de forma integral y en conjunto, no permiten encontrar una explicación razonable para justificar todas las coincidencias encontradas, sin dejar de pensar en la existencia de un acuerdo previo entre los postores del Proceso de Adjudicación Directa."

38. En consecuencia, no es necesario encontrar una prueba directa, como un documento firmado o la grabación de una reunión, 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.
39. Una herramienta útil en el análisis de indicios y presunciones consiste en el denominado *event-analysis*²⁷, mediante el cual, a partir de un hecho exógeno, es posible demostrar la conducta anticompetitiva de los agentes investigados. Cabe resaltar que este análisis supone la exogeneidad del evento respecto del comportamiento de los agentes investigados pues, de lo contrario, estos podrían anticipar y ajustar sus expectativas o comportamientos, principalmente, aquellos relacionados a precios y cantidades ofertadas.

²⁵ Resolución del 8 de junio de 2000 de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (A.V. 71-98).

²⁶ Resolución 017-2000-INDECOPI/CLC del 18 de noviembre de 2000, página 9.

²⁷ JOHNSON, Paul (2008). "Entry and exit event analysis". En: Issues in Competition Law and Policy, Vol 2, p. 1385, Capítulo 58, ABA Section of Antitrust Law, 2008. Al respecto, el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de 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). Ver: US-DOJ & FTC. "Commentary on the Horizontal Merger Guidelines" (2006). Ver: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/215247.pdf>.

40. En el presente caso, no se cuenta con pruebas directas de la existencia de un acuerdo para repartirse el mercado entre las empresas investigadas. Por lo tanto, para identificar o descartar la existencia de una práctica concertada, se recurrirá a los sucedáneos de los medios probatorios constituidos por los indicios y presunciones. Asimismo, se utilizará el denominado “*event analysis*” para evaluar el comportamiento de las empresas investigadas ante el cambio implementado por EsSalud en la forma de organizar su demanda de oxígeno medicinal a partir de la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002).

3.2. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA

3.2.1. Descripción del mercado investigado

41. En relación a la descripción del mercado investigado realizada en el Informe Técnico, Praxair señaló que la Secretaría Técnica había asumido que el “mercado relevante” estaba constituido únicamente por la demanda de EsSalud, ignorando al resto de demandantes (Minsa, Fuerzas Armadas, las clínicas privadas y los pacientes ambulatorios). Ello habría provocado que se omitiera el análisis de los precios en el mercado de clínicas privadas y otros, análisis que hubiera permitido demostrar que los precios de EsSalud siempre estuvieron por debajo.
42. Por su parte, Messer señaló que la Secretaría Técnica no se había pronunciado sobre la determinación del “mercado relevante” y que éste debía incluir al oxígeno industrial y tener alcance nacional.
43. Finalmente, Aga señaló que la Secretaría Técnica había incurrido en errores al analizar el “mercado relevante”. Específicamente, al evaluar la evolución de los precios del oxígeno medicinal, la evolución de los índices de concentración, el presunto poder monopsónico de EsSalud, la presunta elasticidad de la demanda de oxígeno medicinal y la periodicidad de la contratación de la provisión de oxígeno medicinal²⁸.
44. Al respecto, esta Comisión considera pertinente precisar que la definición del mercado relevante constituye una de las etapas de la metodología de análisis aplicada por las agencias de competencia a nivel internacional, principalmente, en los casos sobre abuso de posición de dominio y control de concentraciones empresariales. En cambio, en los casos sobre prácticas restrictivas de la competencia, como el que es materia del presente pronunciamiento, la definición del mercado relevante no es necesaria.
45. La definición del mercado relevante es necesaria en los casos sobre abuso de posición de dominio en la medida en que permite identificar la existencia de una empresa dominante en dicho mercado relevante, circunstancia que, a su vez, es necesaria para determinar la existencia de efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores. Asimismo, la definición del mercado relevante es necesaria en los casos sobre control de concentraciones

²⁸

Cabe precisar que todos estos aspectos serán evaluados más adelante en la presente resolución.

empresariales toda vez que permite evaluar el impacto sobre la competencia y el bienestar de los consumidores de un cambio en la estructura del mercado.

46. La definición del mercado relevante resulta útil en los casos sobre prácticas restrictivas de la competencia en aquellos ordenamientos que contemplan excepciones a la aplicación de sus normas de competencia, precisamente, para determinar si la conducta investigada puede ser exceptuada de la aplicación de la norma de competencia. Tal es el caso del ordenamiento europeo. Sin embargo, la norma de competencia peruana no contempla esta posibilidad.
47. En efecto, de acuerdo a la *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia* de la Comisión Europea:

10. La noción de mercado de referencia está íntimamente relacionada con los objetivos que persigue la política de competencia de la Comunidad. Por ejemplo, en el contexto del control comunitario de las operaciones de concentración, el control de los cambios estructurales en la oferta de un producto tiene principalmente por objeto evitar la creación o el reforzamiento de una posición dominante que tenga como consecuencia el entorpecimiento de una competencia efectiva en una parte sustancial del mercado común. En el marco de la política de competencia comunitaria, posición dominante es la que permite a una empresa o grupo de empresas comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, de sus consumidores (3). Tal situación se produce, por lo general, cuando una empresa o grupo de empresas controlan una parte importante de la oferta en un mercado determinado, siempre que los demás factores analizados en la valoración (barreras a la entrada, capacidad de reacción de los clientes, etc.) apunten en la misma dirección.

11. La Comisión sigue el mismo enfoque en su aplicación del artículo 86 del Tratado a las empresas que ejercen, individual o colectivamente, una posición dominante. El Reglamento n° 17 faculta a la Comisión para proceder a verificaciones y poner término a cualquier abuso de posición dominante, que, por su parte, se ha de definir en función del mercado de referencia. Por otra parte, también puede ser necesario definir el concepto de mercado a efectos de la aplicación del artículo 85 del Tratado [correspondiente a las prácticas restrictivas de la competencia] para determinar, por ejemplo, si se produce una restricción apreciable de la competencia o si se cumplen las condiciones de la letra b) del apartado 3 del artículo 85 para la concesión de una excepción a la aplicación del apartado 1 del mismo artículo.²⁹

(subrayado agregado)

29

Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. Diario Oficial n° C 372 de 09/12/1997. Páginas 0005 - 0013

48. Por lo tanto, en los casos sobre prácticas restrictivas de la competencia, como el que es materia del presente pronunciamiento, no es necesario definir un mercado relevante sino que, para determinar la existencia de una infracción, bastará con verificar que un grupo de agentes económicos competidores entre sí realizó un acuerdo o práctica concertada. En tal sentido, cabe precisar que el análisis que se presenta a continuación no pretende definir el mercado relevante sino únicamente describir las características comerciales y estructurales del mercado de oxígeno medicinal en relación con la infracción investigada.

a. Características de la comercialización de oxígeno medicinal

49. Las empresas productoras de oxígeno atienden principalmente a dos tipos de clientes: industriales y medicinales. Los primeros están constituidos básicamente por fábricas y los segundos por centros de salud. Cabe resaltar que ambos tipos de clientes reciben el mismo tipo de oxígeno y que la distinción se realiza únicamente por razones de índole comercial³⁰.
50. Los clientes industriales son preferidos por las empresas productoras de oxígeno, considerando que la continuidad del servicio, el volumen transado y la larga duración de los contratos, otorgan mayor estabilidad a sus ingresos³¹.
51. El oxígeno medicinal es el insumo que se utiliza en toda terapia de inhalación de oxígeno. Este tratamiento está dirigido principalmente a pacientes con insuficiencia respiratoria que presentan niveles bajos de saturación en tejidos³², síntoma que, en casos de emergencia, suele preceder a la muerte cerebral y a posibles ataques cardíacos³³. También es administrado a pacientes que, como consecuencia de algún trauma, han perdido cantidades considerables de sangre o presentan alguna lesión ósea³⁴. Debido a que estas situaciones, en la mayoría de los casos, ponen en riesgo la vida y la salud, la provisión de oxígeno resulta imprescindible para el paciente³⁵.
52. El oxígeno medicinal se demanda en dos estados: líquido y gaseoso. La demanda por un estado específico depende de las necesidades y características de cada cliente. El oxígeno medicinal líquido presenta un menor costo unitario que el oxígeno medicinal gaseoso, sin embargo, el uso del primero requiere de

³⁰ Opinión Técnica de Inteligencia Financiera S.A.C. (Intelfin) remitida por Praxair el 6 de mayo de 2008: "...desde el punto de vista productivo, el oxígeno industrial es un sustituto perfecto del oxígeno medicinal..." (foja 2,325), "Es decir, no se produce oxígeno con distintos niveles de pureza para los diferentes mercados." (foja 2,326).

³¹ Praxair (foja 2,331), Aga (foja 2,007) y Messer (foja 2,373).

³² Debido a su contacto directo con pacientes, se suele requerir niveles altos de pureza (99%-99.5%).

³³ Mayor información en: LifeSave Services, "20 Common Question About Emergency Oxygen", disponible en: <http://lifesaveservices.com/20common.html> y Encyclopedia of Surgery, "Oxygen Therapy", disponible en: <http://www.surgencyclopedia.com/La-Pa/Oxygen-Therapy.html>.

³⁴ Basics of Oxygen Therapy, disponible en: <http://www.livestrong.com/article/26720-basics-oxygen-therapy/>.

³⁵ Adicionalmente a los usos anteriores, el oxígeno medicinal se emplea como complemento y vehículo para suministrar cualquier otra clase de gas necesario para el paciente, por lo que su utilidad excede a las situaciones específicas de emergencia. Encyclopedia of Surgery, "Oxygen Therapy". Op. cit. Loc. cit.

instalaciones especiales, lo que supone una inversión adicional para sus demandantes. En ese sentido, la demanda de oxígeno medicinal líquido tenderá a concentrarse en grandes entidades prestadoras de servicios de salud que puedan realizar la inversión necesaria³⁶.

53. La demanda de oxígeno medicinal se puede dividir en aquella destinada a atender las necesidades del sector público, que adquiere el oxígeno medicinal mediante la realización de procesos de selección, y aquella destinada a atender las necesidades del sector privado, que adquiere el oxígeno medicinal mediante negociaciones directas con los productores.
54. La demanda del sector público está conformada por aquella proveniente de EsSalud, el Minsa y las Fuerzas Armadas, mientras que la demanda del sector privado está conformada por aquella proveniente de los distintos centros de salud privados. EsSalud es el principal demandante de oxígeno medicinal a nivel nacional. Así, por ejemplo, en el 2002, su demanda representó el 68% del total³⁷.
55. La demanda de oxígeno medicinal de EsSalud se relaciona directamente con aquella proveniente de las entidades prestadoras de servicios de salud que se encuentran bajo su administración³⁸ y que demandan oxígeno medicinal, tanto líquido como gaseoso, en distintas cantidades de acuerdo a sus necesidades.
56. La principal modalidad por la que EsSalud adquiere oxígeno medicinal es mediante la realización de licitaciones públicas, que es una forma de proceso de selección competitivo, con una demanda discrecional formada de modo exógeno al mercado³⁹. Adicionalmente, EsSalud también demanda oxígeno medicinal a través de otros tipos de proceso de selección como las adjudicaciones directas y las adjudicaciones de menor cuantía. Dichas modalidades constituyen contrataciones realizadas por cada entidad dentro de los márgenes establecidos por la Ley Anual de Presupuesto.

³⁶ Así, por ejemplo, los Hospitales Nacionales Guillermo Almenara y Edgardo Rebagliati (que, a setiembre de 2008, realizaron el 30% de las consultas externas y contaron con el 40% de las camas hospitalarias disponibles) representaron alrededor del 80% de la demanda de oxígeno medicinal líquido de EsSalud a nivel nacional durante el periodo de análisis. Ver: <http://www.EsSalud.gob.pe/salud/pasis20083.htm>.

³⁷ Para el mismo año, la demanda del Minsa representó el 21%, la de las Fuerzas Armadas el 1% y la de todo el sector privado el 10%. Fuente: EsSalud.

³⁸ Durante el periodo de análisis, las entidades prestadoras de servicios de salud administradas por EsSalud se organizaron de la siguiente manera:

- Gerencias de Redes Asistenciales: Conjunto de entidades que se encargan de brindar apoyo para el funcionamiento de grandes hospitales. No necesariamente existen en cada departamento.
- Gerencias Departamentales: Conjunto de entidades de mediano y pequeño tamaño pertenecientes a un mismo departamento.
- Unidades Especializadas: Unidades de todo tipo, distintas a postas y hospitales. Están conformadas por unidades de hemodiálisis, institutos oftalmológicos y otros institutos especializados.

Esta organización duró hasta el 2004 y, a partir de ese año, las gerencias departamentales y las gerencias de redes asistenciales dejaron de existir para convertirse en Redes Asistenciales (Ver Resolución de Presidencia Ejecutiva 201-PE-ESSALUD-2004).

³⁹ Es decir que la decisión de realizar el proceso de selección y sus especificaciones resultan ajenas a la dinámica del mercado.

57. En el caso particular de las licitaciones públicas, se ha adoptado como mecanismo de competencia el modelo de sobre cerrado⁴⁰. La realización de una licitación pública supone, además, que las características específicas del producto demandado se establecen en base a los requerimientos de la entidad demandante. Normalmente, las licitaciones públicas incluyen en sus bases un conjunto de bonificaciones en la valoración de aquellas ofertas que superen los requisitos mínimos exigidos.
58. En el presente caso, las bases de las licitaciones públicas convocadas por EsSalud definieron exactamente las características del oxígeno medicinal demandado, lo que implica que el producto sobre el que se habría realizado la presunta conducta anticompetitiva se encuentra perfectamente identificado.
59. Si bien cada oferta puede diferir en aspectos no observables directamente o sólo valorados por la propia ofertante, lo relevante para el análisis está en aquellos aspectos contemplados en las bases como requisitos, valorados y determinados por EsSalud, y que, por ende, homogenizan el producto demandado⁴¹.
60. Las bases también especificaban que a cada empresa ganadora de la Buena Pro no sólo le correspondía la provisión del oxígeno medicinal en el ítem adjudicado, sino también la provisión de servicios conexos⁴².
61. Las ofertas presentadas por las empresas postoras son evaluadas atendiendo a exigencias técnicas y económicas. Las primeras recogen cuestiones relacionadas con la calidad del producto, la experiencia en su provisión, la satisfacción de clientes previos, la formulación de un plan de capacitación en el manejo de los equipos para el personal de EsSalud, entre otros; mientras que las exigencias económicas están referidas principalmente al monto solicitado por la provisión del oxígeno medicinal.
62. Sobre la evaluación económica, cabe señalar que, para que una propuesta fuera considerada válida, no debía ser menor al 50% o 70%, según corresponda, ni mayor al 110% del valor referencial establecido por la entidad convocante (en este caso, EsSalud)⁴³.

⁴⁰ Como su nombre lo indica, este modelo consiste en la presentación de propuestas en sobres cerrados. La aplicación de este modelo supone que los participantes del proceso de selección desconocen las ofertas de sus contrarios (ningún agente económico tiene información exacta sobre las ofertas de sus competidores). De manera más precisa, se califica a esta modalidad como *first-price sealed-bid auction* (subasta a primer precio en sobre cerrado). En: "Competition in Bidding Markets" OECD Policy Roundtables, DAF/COM(2006)31.

⁴¹ Debe entenderse a las bases de las licitaciones públicas como instrumentos capaces de garantizar la reducción de los parámetros necesarios para definir al ganador. En efecto, sólo se considerará lo que el "hacedor de las bases considera" (y ha especificado). Por lo tanto, todo elemento diferenciador del producto, que no se encuentre contemplado en las bases, en la práctica, no le aporta beneficio alguno al postor. En ese sentido, es posible afirmar que las bases homogenizan el producto demandado.

⁴² Servicios tales como: i) la instalación de equipos con características específicas, relacionados con la provisión de oxígeno medicinal; ii) la revisión y mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos de EsSalud relacionados con la provisión de oxígeno medicinal; y, iii) el reparto de oxígeno a cada entidad prestadora de servicios de salud.

⁴³ Cabe señalar que la Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establecía que, para ser consideradas válidas, las ofertas debían cumplir con los requisitos establecidos en las bases del proceso de selección, no pudiendo exceder del 110% del valor referencial ni ser inferiores al 50% o 70% del valor referencial, según corresponda.

63. En lo que se refiere a las adjudicaciones directas y de menor cuantía (en adelante, las adjudicaciones), cabe mencionar que EsSalud ha utilizado estas modalidades de adquisición de forma excepcional, cuando no ha podido cubrir sus requerimientos de oxígeno medicinal mediante licitaciones públicas y ante la urgente necesidad de contar con dicho producto.

b. Características de la adquisición de oxígeno medicinal por parte de EsSalud

64. Entre 1999 y 2006, la demanda de oxígeno medicinal líquido y gaseoso de EsSalud fue atendida casi exclusivamente por las empresas investigadas, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

Cuadro 1
Participación y concentración de mercado, según volúmenes adquiridos por EsSalud (1999-2006)

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

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica

65. No obstante la tendencia decreciente del nivel de concentración de mercado entre 1999 y 2006, el HHI sugiere que se trata de un mercado altamente

Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, publicada el 3 de agosto de 1997

Presentación de Propuestas y Adjudicación de la Buena Pro

Artículo 30.- (...)

Sólo se considerarán como ofertas válidas aquellas que cumplan con los requisitos establecidos en las bases.

(...)

Requisitos de las propuestas

Artículo 33.- Las propuestas que excedan en más de diez por ciento el valor referencial, serán devueltas por el Comité, teniéndolas por no presentadas. (...)

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

Ley 27330, Modificatoria a Ley 26850 Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, publicada el 26 de julio de 2000

Artículo 30.- Presentación de Propuestas y Otorgamiento de la Buena Pro

En todos los procesos de selección sólo se considerarán como ofertas válidas aquellas que cumplan con los requisitos establecidos en las bases.

(...)

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.

(...)

concentrado⁴⁴. Cabe resaltar que, durante dicho periodo, sólo tres empresas, Praxair, Aga y Messer, concentraron más del 90% de la demanda de EsSalud, circunstancia que puede facilitar la realización de una práctica restrictiva de la competencia⁴⁵.

66. La condición de mayor demandante de oxígeno medicinal que posee EsSalud no implica que esta entidad tenga la posibilidad de imponer obligaciones o condiciones de suministro a sus proveedores. En efecto, EsSalud no está en capacidad de imponer condiciones de suministro a sus proveedores debido a la urgente necesidad que tiene de contar con oxígeno medicinal para los servicios de salud que presta. Considerando que los servicios que EsSalud brinda se relacionan directamente con la preservación de la vida y la salud, cuyo deterioro en muchos casos puede ser irreversible, esta entidad no puede quedar desabastecida de oxígeno medicinal. Esto genera la necesidad de que su demanda siempre sea cubierta⁴⁶.
67. Así, si bien EsSalud determina sus modalidades de adquisición de oxígeno medicinal, la urgente necesidad de contar con este producto para la preservación de la vida y la salud de sus pacientes determina que cuente con una demanda inelástica⁴⁷.
68. Por su parte, los sistemas de supervisión y control de EsSalud homogenizan los requerimientos de sus entidades prestadoras de servicios de salud, con la finalidad de consolidar la demanda y establecer los criterios que serán incluidos en las bases de los procesos de selección. En particular, existen aspectos relacionados con la calidad del oxígeno o los procesos utilizados para su producción que, al no estar incluidos en la bases de los procesos de selección, no son considerados para distinguir entre las ofertas. Existen características del producto que, no obstante diferenciar las ofertas, no son valoradas por la entidad convocante y, por lo tanto, no representan ventajas competitivas para sus ofertantes.

⁴⁴ Según los Lineamientos sobre Concentraciones Horizontales (*Horizontal Merger Guidelines*) del Departamento de Justicia (*Department of Justice*) y la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*) de Estados Unidos, los mercados pueden ser clasificados en desconcentrados ($HHI < 1000$), moderadamente concentrados ($1000 < HHI < 1800$) y altamente concentrados ($HHI > 1800$).

⁴⁵ En efecto, cuanto menor es el número de empresas involucradas en una práctica restrictiva de la competencia, el acuerdo de voluntades resulta menos costoso: alinear objetivos, supervisar acciones y establecer compensaciones requiere de esquemas menos complejos respecto de un escenario con más empresas involucradas.

⁴⁶ Prueba de que EsSalud, incluso eligiendo la modalidad de adquisición, no está en capacidad de imponer condiciones de suministro a sus proveedores, es la Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001), en la que las empresas investigadas se abstuvieron de participar. Ver Carta 011-CE-LP0199L00051 referida a las razones por las cuales la Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001) se declaró desierta (foja 1,067).

⁴⁷ La presencia de una demanda inelástica es un incentivo para la realización de conductas anticompetitivas, pues asegura mayores ingresos para los implicados. La característica de inelástica de la demanda de un producto implica que la cantidad demandada no dependa de su precio. 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. Ver: Ivaldi, Jullien, Rey, Seabright & Tirole (2003).

69. Así, la demanda de EsSalud en los procesos de selección es por un producto homogéneo, según los términos de las bases, por lo que cualquier especificidad no contenida en ellas no califica como criterio para la determinación de posibles sustitutos⁴⁸.
70. Adicionalmente, considerando la naturaleza de los servicios que brinda y la regularidad con la que lleva a cabo sus procesos de selección, es posible afirmar que la demanda de oxígeno medicinal de EsSalud es continua en el tiempo y tiene una periodicidad anual. Esta situación puede facilitar la realización de una práctica restrictiva de la competencia⁴⁹, sobre todo si la realización de la conducta requiere de altas inversiones.
71. Finalmente, cabe señalar que la oferta de oxígeno por parte de las empresas investigadas depende directamente de la capacidad instalada de sus respectivas plantas. Al respecto, de acuerdo a la información obtenida en el procedimiento, las empresas investigadas presentaron capacidad instalada ociosa (no operaron al límite de sus respectivas capacidades productivas)⁵⁰ durante el periodo de análisis. Ello revela que habrían tenido capacidad para atender en una mayor proporción la demanda de EsSalud o la de otros clientes. Asimismo, se ha identificado que una reducida proporción de la producción de las empresas investigadas se destinaba a satisfacer la demanda de EsSalud⁵¹.

3.2.2. Consideraciones para el análisis

72. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si Praxair, Aga y Messer realizaron 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.
73. A continuación, se presentan los procesos de selección convocados por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal durante el periodo de análisis:

⁴⁸ 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 concertadores. Ver: BISHOP, Simon & WALKER, Mike. (1999). "Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement", páginas 81-83.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ Para mayor información, ver fojas 155, 230, 2179, 2345, 3348.

⁵¹ La capacidad instalada ociosa presenta dos efectos contrapuestos respecto a la posibilidad de realizar una práctica colusoria. En principio, un exceso de capacidad puede incrementar los beneficios de desviarse de un acuerdo y, sin embargo, un exceso de capacidad resguarda el cumplimiento de un acuerdo, pues puede usarse para reprimir a aquel que decida desviarse. Ver: MOTTA, Massimo (2004). "Competition Policy: Theory and Practice". Cambridge University Press. New York.

Cuadro 2
Procesos de selección convocados por EsSalud durante el periodo de análisis

Periodo	Proceso	Convocatoria	Periodo de Suministro	Otorgamiento de la Buena Pro	Volumen Demandado (m ³)	Valor Referencial (S/.)
Primer Periodo	018-IPSS-98	Nov-98	Enero 1999 a Diciembre 1999	Ene-99	Gaseoso: 756,867.00 Líquido: 1'609,426.00	11'352,999.30
	053-Essalud-99*	May-00	Junio 2000 a Junio 2001	Jun-00	Gaseoso: 1'704,187.96 Líquido: 971,937.07	14'074,870.65
	0199-L00051	Jul-01	Desierto	Set-01	Gaseoso: 348,148.00 Líquido: 406,920.00	5'634,845.31
	Adjudicaciones	Set-01	Octubre 2001 a Noviembre 2002	---	Gaseoso: 502,565.00 Líquido: 721,305.00	29'250,185.13
Segundo Periodo	0199-L00052	Set-02	Noviembre 2002 a Noviembre 2003	Nov-02	Gaseoso: 1'099,711.00 Líquido: 2'029,220.00	17'654,195.95
	Adjudicaciones	Oct-03	Noviembre 2003 a Junio 2004	---	Gaseoso: 307,223.95 Líquido: 1'190,490.73	10'702,479.43
	0399-L00091	Abr-04	Junio 2004 a Junio 2005	Jun-04	Gaseoso: 1'351,991.00 Líquido: 1'267,836.00	15'024,068.44
	Adjudicaciones	Jun-05	Junio 2005 a Enero 2006	---	Gaseoso: 223,913.00 Líquido: 54,811.00	926,012.40
	0599-L00081	Nov-05	Febrero 2006 a Febrero 2007	Ene-06	Gaseoso: 1'606,205.00 Líquido: 2'362,515.00	11'751,275.30

* Este proceso constó de 3 convocatorias. En ese sentido, tanto el volumen demandado como el valor referencial corresponden a lo que efectivamente se requirió.

*** En tanto las adjudicaciones se dan a nivel nacional y de manera independiente, no existe una fecha conjunta de otorgamiento de la Buena Pro

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica

74. Con la finalidad de facilitar el análisis, se dividirá la demanda de EsSalud en cuatro zonas geográficas: norte, sur, centro y Lima. Esta división se basa en la realizada por la propia EsSalud mediante Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998), la primera del periodo de investigación.
75. Asimismo, esta Comisión considera conveniente dividir el análisis en dos periodos. El Primer Periodo, que comprende desde la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998) hasta las Adjudicaciones de setiembre de 2001, y el Segundo Periodo, que comprende desde la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002) hasta la Licitación Pública 0599L00081 (noviembre, 2005).
76. Esta división responde a la decisión de EsSalud de hacer coincidir, a partir de la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002), cada ítem con un menor número de entidades prestadoras de servicios de salud (gerencia departamental,

hospital nacional, instituto especializado, etc.)⁵². Esto significó una modificación importante en el diseño de los procesos de selección llevados a cabo por EsSalud, pues incrementó el número de ítems por el cual las empresas podían competir y redujo la cantidad demandada en cada uno de ellos, circunstancia que redujo las barreras de entrada que existían para participar en la provisión de oxígeno medicinal a EsSalud.

77. En ese sentido, el cambio implementado por EsSalud en la forma de organizar su demanda fue un evento exógeno a los proveedores de oxígeno medicinal que implicó una modificación en las características del mercado y en los incentivos que existían para competir y, por lo tanto, constituye un punto de referencia importante para analizar el comportamiento de las empresas investigadas y determinar la existencia de una conducta anticompetitiva.

3.2.3. Análisis del Primer Periodo

78. El Primer Periodo comprende desde la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998) hasta las Adjudicaciones de setiembre de 2001. Durante este periodo, la provisión de oxígeno medicinal líquido y gaseoso a EsSalud estuvo dominada por las tres empresas investigadas: Praxair, Aga y Messer, obteniendo cada una la Buena Pro repetidamente en una determinada zona (Lima y sur, norte, y centro, respectivamente).
79. El siguiente cuadro muestra el detalle de los ganadores de la Buena Pro para la provisión de oxígeno medicinal líquido y gaseoso, por cada entidad de EsSalud (gerencia departamental, hospital nacional, instituto especializado, etc.)⁵³, durante el Primer Periodo:

⁵² En las licitaciones públicas previas, EsSalud agrupaba a sus entidades prestadoras de servicios de salud en sólo cuatro ítems.

⁵³ Como se ha señalado anteriormente, no todas las entidades demandan oxígeno medicinal líquido. Son las entidades de mayor tamaño las que principalmente demandan oxígeno medicinal líquido, como es el caso de: G.D. Lambayeque, G.D. Piura, G.D. Cajamarca, G.D. Ancash, G.D. La Libertad, G.D. Huánuco, G.D. Cerro de Pasco, G.D. Huancavelica, G.D. Junín, G.D. Arequipa, G.D. Tacna, G.D. Cuzco, H.N. E. Rebagliati M., H.N. A. Sabogal S., H.N. G. Almenara I. y G.D. Lima.

Cuadro 3
Ganadores de la Buena Pro durante el Primer Periodo
(Oxígeno medicinal líquido y gaseoso)

Zona	Entidad	LP 018-IPSS-98 (Nov 1998)	LP 053 EsSalud- 99 (May 2000)	LP 0199L00051 (Jul 2001)	Adjudicaciones (Set 2001)
Norte	H.N. A. Aguinaga	A	A	Desierto	-
	G.D. Lambayeque	A	A		A
	G.D. Piura	A	A		A
	G.D. Tumbes	A	A		A
	G.D. Amazonas	A	A		A
	G.D. Cajamarca	A	A		A, C
	G.D. San Martín	A	-		A
	G.D. Ancash	A	A		A
	G.D. La Libertad	A	A		A
	Inst. Pezano Oftalmología	A	-		-
Centro	G.D. Huánuco	M	M	Desierto	M
	G.D. Junín	M	M		M
	G.D. Pasco	M	M		M
	G.D. Huancavelica	M	M		M
	G.D. Ucayali	M	-		-
Sur	H.N. del Sur	P	P	Desierto	-
	G.D. Apurímac	P	P		P, OC
	G.D. Ayacucho	P	P		P, OM
	G.D. Ica	P	P		P
	G.D. Cusco	P	P		P
	G.D. Madre de Dios	P	P		P
	G.D. Puno	P	P		P
	G.D. Arequipa	P	P		P
	G.D. Moquegua	P	P		P
	G.D. Tacna	P	-		P
Lima*	H.N. E. Rebagliati M.	P	P	Desierto	P
	H.N. G. Almenara I.	P	P		P
	G.D. Lima	P	P		P
	Centro de Hemodiálisis	P	P		-
	G.D. Loreto	-	-		-
	G. C. Programas	-	P		P

* Cabe precisar que, inicialmente, la G.D. Loreto estaba incluida en el presente ítem.

A: Aga
C: Caxamarca Gas
M: Messer
OC: Oxyusco
OM: Oxyman
P: Praxair
-: No disponible

Fuente: EsSalud.

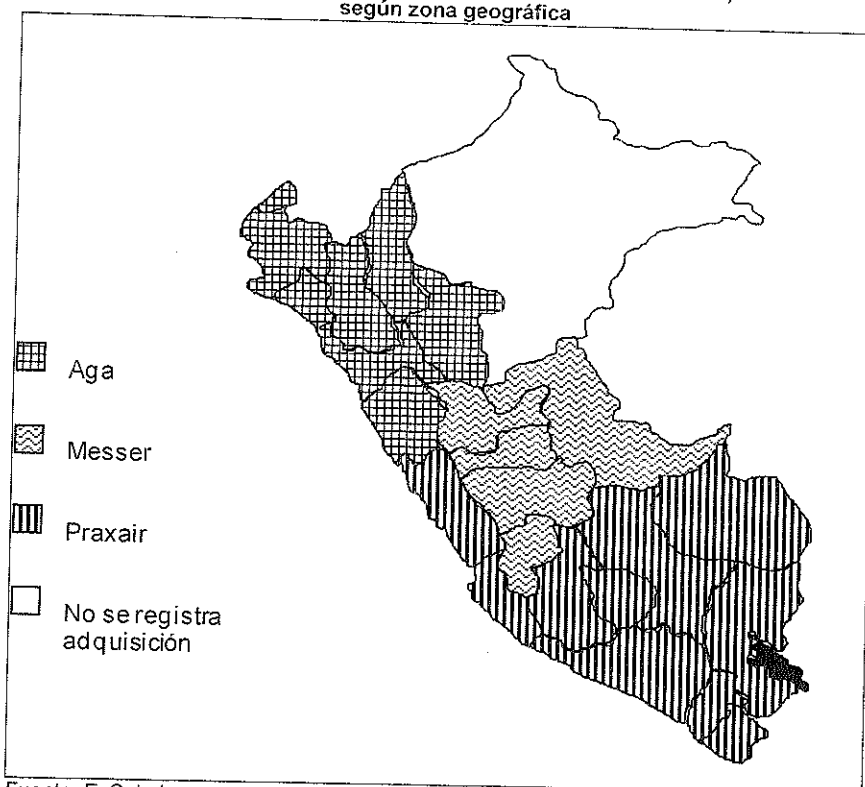
Elaboración: Secretaría Técnica

80. Como puede observarse, durante más de tres años, en tres procesos de selección distintos, las entidades de EsSalud de cada zona fueron provistas de oxígeno medicinal líquido y gaseoso por sólo una de las empresas investigadas. Así:

- i. Praxair se adjudicó la Buena Pro para el suministro de oxígeno medicinal líquido y gaseoso a las entidades de las zonas sur⁵⁴ y Lima.

- ii. Aga se adjudicó la Buena Pro para el suministro de oxígeno medicinal líquido y gaseoso a las entidades de la zona norte del país⁵⁵.
 - iii. Messer se adjudicó la Buena Pro para el suministro de oxígeno medicinal líquido y gaseoso a las entidades de la zona centro del país.
81. El siguiente gráfico muestra el comportamiento de Praxair, Aga y Messer en los procesos de selección convocados por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso, durante el Primer Periodo.

Gráfico 1
Ganadores de la Buena Pro durante el Primer Periodo,
según zona geográfica



Fuente: EsSalud.
Elaboración: Secretaría Técnica

82. De acuerdo a lo anterior, ha quedado demostrado que, durante el Primer Periodo, la provisión de oxígeno medicinal líquido y gaseoso mostró una marcada tendencia a que cada zona sea adjudicada a y provista por sólo una de las empresas investigadas. En efecto, resulta coincidente que, durante más de tres años, cada una de las empresas investigadas haya provisto de oxígeno medicinal líquido y gaseoso a una sola zona geográfica (Praxair, a la zona sur y Lima; Aga, a la zona norte; y Messer, a la zona centro).
83. Cabe destacar que la repetida obtención de la Buena Pro por parte de una empresa investigada en una misma zona no sólo se debió a que las otras

⁵⁵

En el caso de las Adjudicaciones de setiembre de 2001, compartió la Buena Pro con una empresa en la G.D. Cajamarca.

empresas investigadas decidieron no presentar ofertas en dicha zona sino también a la forma en que las presentaron cuando decidieron hacerlo. Así, si bien Praxair, Aga y Messer también participaron en zonas en las que finalmente no obtuvieron la Buena Pro, la razón por la que no ganaron en dichas zonas fue que presentaron propuestas económicas que implicaban su descalificación automática en tanto eran superiores al 110% del valor referencial establecido por EsSalud.

En efecto, según lo dispuesto por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aquellas ofertas que excedieran en más de 10% el valor referencial establecido, debían ser devueltas al postor y entendidas como no presentadas, circunstancia que, en la práctica, significaba su descalificación automática⁵⁶.

84. A continuación, se analizará cada uno de los procesos de selección realizados durante el Primer Periodo.

a. Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998)

85. La conducta de las empresas investigadas se evidencia al analizar el desarrollo de la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998). El siguiente cuadro muestra el valor ofertado por cada empresa para cada zona:

Cuadro 4
Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998)

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

-: No disponible

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica

86. En el cuadro precedente se pueden apreciar dos situaciones particulares, la primera es que las ofertas ganadoras presentaron propuestas económicas cercanas al 110% del valor referencial establecido por EsSalud y la segunda es que las propuestas económicas de las ofertas descalificadas excedían el 110% del valor referencial establecido por EsSalud (máximo permitido por la norma para considerar la propuesta).

56

Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Artículo 33.- Sobre el valor referencial.-

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.

87. Así, llama la atención la coincidencia que existe en las decisiones de las empresas investigadas respecto de la forma en que presentaron sus propuestas económicas, pues, en general, en aquellas zonas en las que no ganaron presentaron ofertas por encima del 110% del valor referencial, sabiendo perfectamente que, según lo establece la norma, ello significaría una descalificación automática de su postulación.

b. Licitación Pública 053-ESSALUD-99 (mayo, 2000)

88. Idéntica situación se puede observar en la Licitación Pública 053-ESSALUD-99 (mayo, 2000). Los siguientes cuadros muestran el desarrollo de dicho proceso de selección⁵⁷:

Cuadro 5 - A
Licitación Pública 053-ESSALUD-99 (mayo, 2000)
(Segunda Convocatoria)

Zona	Participantes	Puntaje Técnico*	Puntaje Económico	Valor de Referencia (S/.)	Valor ofertado (S/.)	% del Valor de Referencia	Resultado
Norte	Aga	5	-	1'891,973.65	2'068,828.26	109%	Desestimado Técnicamente
	Praxair	50	-		2'195,342.77	116%	Desestimado x Precio
	Messer	50	-		2'181,435.87	115%	Desestimado x Precio
Centro	Aga	5	-	862,156.58	995,662.48	115%	Desestimado Técnicamente
	Praxair	50	-		991,781.04	115%	Desestimado x Precio
	Messer	50	50		948,331.32	110%	Adjudicado
Sur	Aga	5	-	2'331,569.02	4'397,615.51	188%	Desestimado Técnicamente
	Praxair	50	50		2'557,862.59	110%	Adjudicado
	Messer	50	-		2'680,933.07	115%	Desestimado x 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

*Las empresas sólo obtuvieron puntaje por su experiencia, sin cumplir con el mínimo de las especificaciones técnicas.

-: No disponible

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica

Cuadro 5 - B
Licitación Pública 053-ESSALUD-99 (mayo, 2000)
(Tercera Convocatoria)

Zona	Participantes	Puntaje Técnico	Puntaje Económico	Valor de Referencia (S/.)	Valor ofertado (S/.)	% del Valor de Referencia	Resultado
Norte	Aga	50	50	1'891,973.65	2'068,828.26	109.35%	Adjudicado
	Praxair	50	-		2'195,342.77	116.04%	Desestimado x Precio

-: No disponible

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica

89. Tal como se observa en los resultados de la segunda y tercera convocatoria de la Licitación Pública 053-ESSALUD-99 (mayo, 2000), al igual que en los resultados de la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998), las empresas investigadas participaron en todas las zonas, presentando propuestas económicas que, salvo en las zonas en las que obtuvieron la Buena Pro, una vez más superaron el 110% del valor referencial establecido por EsSalud. Como resultado de ello, las mismas empresas continuaron abasteciendo de oxígeno

57

Este proceso de selección contó con tres convocatorias. No se ha detallado la primera convocatoria debido a que fue declarada desierta.

medicinal a las mismas zonas que venían abasteciendo desde la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998).

90. En efecto, al igual que en el proceso de selección anterior, de forma coincidente, las empresas ganadoras se hicieron de la Buena Pro con ofertas iguales o muy cercanas al 110% del valor referencial establecido por EsSalud. Y, también de forma coincidente, presentaron ofertas superiores al 110% del valor referencial en aquellas zonas en las que perdieron.
91. Estas coincidencias provocaron que las mismas empresas investigadas continúen abasteciendo de oxígeno medicinal precisamente a las mismas zonas que venían abasteciendo desde la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998).

c. Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001)

92. La Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001) requiere una atención especial pues, a diferencia de los procesos de selección anteriores, en esta oportunidad, ninguna de las empresas investigadas presentó oferta. Según ellas, esto se debió a su disconformidad con los valores referenciales establecidos por EsSalud. Específicamente, solicitaron un incremento de aproximadamente 40% en los valores referenciales pero EsSalud sólo consideró justificado un incremento de 12.9%⁵⁸, razón por la cual, cuando se publicó la convocatoria a la Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001) ninguna de las tres empresas investigadas se presentó.
93. En consecuencia, Praxarir, Aga y Messer coincidieron en que los valores referenciales establecidos por EsSalud resultaban muy bajos para sus expectativas y solicitaron un incremento. Luego, considerando que EsSalud no aceptó el incremento solicitado sino uno menor, una vez más, las empresas investigadas coincidieron y decidieron no presentar ofertas y, por lo tanto, no competir en ninguna zona.

d. Adjudicaciones convocadas en setiembre de 2001

94. El origen de las Adjudicaciones de setiembre de 2001 está en el resultado de la Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001). En efecto, debido a que el referido proceso de selección fue declarado desierto, las entidades de EsSalud tuvieron que adquirir oxígeno medicinal por cuenta propia, según lo establece la norma.
95. Para una mejor comprensión del comportamiento de las empresas investigadas, el siguiente cuadro muestra tanto el desarrollo de la Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001) como el de las Adjudicaciones de setiembre de 2001.

⁵⁸

Según señala EsSalud en los antecedentes de la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002) (foja 281).

Cuadro 6
Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001) y Adjudicaciones convocadas en setiembre de 2001

LP 0199L00051								
Adjudicaciones (Set 2001)								
Tipo	Zona	Entidad	Volumen (m³)	Valor de Referencia (S/. x m³)	Ganador	Volumen (m³)	Valor Adjudicado (S/. x m³)	Ganador
Gaseoso	Norte	G.D. Lambayeque	17,274.00	7.87	Desierto	20,517.00	9.26	A
		G.D. Piura	1,580.00	9.46		19,137.00	11.64	A
		G.D. Tumbes	863.00	9.47		750.00	11.72	A
		G.D. Amazonas	1,900.00	19.02		1,760.00	16.45	A
		G.D. Cajamarca	1,500.00	7.90		2,100.00	8.4/5.8	A, C
		G.D. San Martín	-	-		5,408.00	10.18	A
		G.D. Ancash	4,840.00	6.60		7,000.00	7.27	A
		G.D. La Libertad	16,632.00	7.78		17,646.00	8.31	A
	Centro	G.D. Huánuco	10,120.00	13.18	Desierto	12,059.00	13.99	M
		G.D. Junín	7,128.00	12.46		9,850.00	13.61	M
		G.D. Huancaavelica	1,000.00	15.48		850.00	14.89	M
		G.D. Pasco	3,510.00	14.50		4,557.00	15.21	M
	Sur	G.D. Apurímac	1,093.00	16.37	Desierto	1,190.00	14.50	P, OC
		G.D. Ayacucho	2,400.00	13.71		1,251.00	11,7710.5	P, OE
		G.D. Ica	-	-		24,088.00	9.48	P
		G.D. Cusco	35,100.00	13.89		45,111.00	10.40	P
		G.D. Madre de Dios	575.00	22.69		674.00	20.44	P
		G.D. Puno	12,268.00	15.98		8,104.00	14.36	P
		G.D. Arequipa	-	-		63,215.76	11.62	P
		G.D. Moquegua	1,707.00	13.30		611.50	11.97	P
	Lima	G.D. Tacna	-	-		11,256.00	11.73	P
		H.N. A. Sabogal	-	-	Desierto	-	-	-
		H.N. E. Rebagliati	-	-		48,250.00	6.77	P
		H.N. G. Almenara	7,665.00	6.56		4,141.00	6.63	P
		Centro de Hemodiálisis	3,000.00	6.56		1,397.00	7.06	P
		G. C. Programas	9,120.00	6.56		-	-	-
Líquido	Norte	G.D. Lambayeque	30,948.00	7.79	Desierto	38,184.00	9.16	A
		G.D. Piura	10,800.00	9.42		27,988.00	11.67	A
		G.D. Ancash	18,825.00	6.53		24,534.00	7.02	A
		G.D. La Libertad	26,706.00	7.69		20,671.00	8.23	A
	Centro	G.D. Huánuco	-	-	Desierto	-	-	-
		G.D. Junín	32,141.00	12.29		37,200.00	13.43	M
	Sur	G.D. Arequipa	-	-	Desierto	17,494.16	11.62	P
		G.D. Cusco	-	-		-	-	-
	Lima	G.D. Lima	-	-	Desierto	-	7.06	P
		H.N. E. Rebagliati	-	-		379,700.00	5.89	P
		H.N. A. Sabogal	-	-		-	-	-
		H.N.G. Almenara	287,500.00	5.71		165,638.68	5.96	P

A: Aga OE:Origen EIRLTD

C: Caxamarca Gas OM: Oxymán

M: Messer P: Praxair

OC: Oxycusco -: No disponible

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica

96. Como puede apreciarse, aun cuando cambió la modalidad de adquisición de oxígeno medicinal, pasando de licitaciones públicas a adjudicaciones, las empresas investigadas continuaron adjudicándose la Buena Pro y abasteciendo a las mismas zonas que venían abasteciendo desde hacía más de dos años (desde la Licitación Pública 018-IPSS-98).
97. En efecto, en las Adjudicaciones de setiembre de 2001 se mantuvo el mismo patrón de abastecimiento por zonas observado desde el primer proceso de selección bajo análisis. Así, del mismo modo que en las Licitaciones Públicas 018-IPSS-98 y 053-ESSALUD-99, en las Adjudicaciones de setiembre de 2001, coincidentemente, se obtuvo el mismo resultado: Praxair obtuvo la provisión de las zonas sur y Lima; Aga, la de la zona norte; y Messer, la de la zona centro.

98. Cabe destacar que, en la mayoría de las Adjudicaciones de setiembre de 2001, las empresas investigadas obtuvieron la Buena Pro con precios superiores a los valores referenciales establecidos en la Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001). En tal sentido, las empresas investigadas obtuvieron mayores ingresos por participar en las Adjudicaciones de setiembre de 2001 que los que hubieran obtenido por participar en la Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001) a los valores referenciales.
99. Como se muestra en el siguiente cuadro, Praxair habría obtenido un ingreso adicional de S/. 55,329.91 por abastecer una vez más las zonas sur y Lima, Aga habría obtenido un ingreso adicional de S/. 128,027.45 por abastecer una vez más la zona norte y Messer habría obtenido un ingreso adicional de S/. 29,102.55 por abastecer una vez más la zona centro⁵⁹.

Cuadro 7
Valor de Adjudicación (S/.)

Empresas	Licitación Pública 0199L00051	Adjudicaciones (Set 2001)	Diferencias
Praxair	683,584.37	738,914.28	55,329.91
Aga	1'039,512.06	1'167,539.51	128,027.45
Messer	3'911,749.38	3'940,851.93	29,102.55
Total	5'634,845.81	5'847,305.72	212,459.91

Fuente: EsSalud.

Elaboración: Secretaría Técnica

100. De acuerdo a lo anterior, EsSalud habría incurrido en un gasto adicional de S/. 212,459.91 en las Adquisiciones convocadas en setiembre de 2001 con relación a lo que hubiera gastado si la Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001) no hubiera sido declarada desierta y se hubiera provisto el oxígeno de acuerdo a los valores referenciales. Este gasto adicional representó un incremento de 3,7% respecto de lo inicialmente presupuestado.
101. En consecuencia, de lo expuesto hasta esta etapa del análisis, es posible concluir que, durante el Primer Periodo, existió una notoria coincidencia en el comportamiento de las empresas investigadas. Así:
- Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998):** En las zonas en las que obtuvieron la Buena Pro, las empresas investigadas presentaron ofertas muy cercanas al 110% del valor referencial establecido por EsSalud. En cambio, en las zonas en las que no obtuvieron la Buena Pro, o no se presentaron o presentaron ofertas superiores al 110% del valor referencial, lo que provocó su descalificación automática del proceso de selección, según lo establecido en la norma.

59

Para una mejor comparación y, por tanto, para una mejor identificación de la existencia de un mayor valor en la adquisición de oxígeno medicinal mediante las adjudicaciones que a través de la licitación pública declarada desierta, se ha considerado un mismo volumen para ambos casos (el volumen correspondiente a la licitación pública) y un periodo de 6 meses (de octubre de 2001 a marzo de 2002, considerando que dicha licitación fue convocada para un periodo de 6 meses).

- ii. **Licitación Pública 053-ESSALUD-99 (mayo, 2000):** Las empresas investigadas mantuvieron un comportamiento similar, presentando ofertas iguales o muy cercanas al 110% del valor referencial en las zonas en las que se adjudicaron la Buena Pro, y presentando ofertas superiores al 110% del valor referencial en las zonas en las que no se adjudicaron la Buena Pro, lo que una vez más significó su descalificación. Además, cabe resaltar que, en este proceso de selección, las empresas investigadas continuaron proveyendo de oxígeno medicinal exactamente a las mismas zonas a las que proveyeron en el proceso de selección anterior.
 - iii. **Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001):** Todas las empresas investigadas coincidieron en abstenerse de presentar propuestas, por lo que este proceso de selección fue declarado desierto.
 - iv. **Adjudicaciones convocadas en setiembre de 2001:** Las empresas investigadas se adjudicaron la Buena Pro, en la mayoría de los casos, con ofertas superiores a los valores referenciales establecidos para la Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001), lo que significó un mayor desembolso de dinero para EsSalud. Al igual que en los procesos de selección anteriores, las empresas investigadas continuaron proveyendo de oxígeno medicinal exactamente a las mismas zonas a las que venían proveyendo por más de dos años consecutivos.
102. Esta marcada coincidencia en el comportamiento de las empresas investigadas tuvo como resultado que, por más de tres años consecutivos:
- i. Praxair abasteciera la demanda de EsSalud de oxígeno medicinal líquido y gaseoso en las zonas sur y Lima.
 - ii. Aga abasteciera la demanda de EsSalud de oxígeno medicinal líquido y gaseoso en la zona norte.
 - iii. Messer abasteciera la demanda de EsSalud de oxígeno medicinal líquido y gaseoso en la zona centro.

3.2.4. Análisis del Segundo Periodo

103. El Segundo Periodo comprende desde la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002) hasta la Licitación Pública 0599L00081 (noviembre, 2005), y se caracteriza por presentar un cambio en la organización de la demanda de EsSalud.
104. En efecto, la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002) determinó un cambio importante en la forma en que EsSalud organizaba su demanda pues, a partir de este proceso de selección, hizo coincidir la demanda de cada ítem con la demanda de un menor número de entidades prestadoras de servicios de salud (gerencia departamental, hospital nacional, instituto especializado, etc.).

105. Esta nueva organización incrementó el número de ítems por el cual las empresas podían competir y redujo el volumen demandado en cada uno de ellos, circunstancia que, en la práctica, permitió que otras empresas, distintas a las investigadas y más pequeñas, pudieran ingresar a competir en el mercado⁶⁰. En efecto, como señala la propia EsSalud, el cambio en la forma de organizar su demanda de oxígeno tuvo como objetivos atraer ofertantes y obtener precios ventajosos⁶¹.
106. A continuación, se analizará cada uno de los procesos de selección llevados a cabo durante el Segundo Periodo.
- a. Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002)**
107. La Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002) marca el inicio del Segundo Periodo. El siguiente cuadro muestra el desarrollo del referido proceso de selección⁶².

⁶⁰ Antes de este cambio, en las licitaciones públicas previas, EsSalud agrupaba a sus entidades prestadoras de servicios de salud en sólo cuatro ítems.

⁶¹ Carta 816-GCA-GDAO-ESSALUD-2006 de EsSalud del 22 de mayo de 2006 (foja 283).

⁶² Cabe señalar que, a partir de la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002), la G.D. Huancavelica pasó a formar parte de un ítem de la zona sur.

Cuadro 8
Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002)⁶³

Tipo	Zona	Ítem	Entidad	Volumen (m ³)	Participantes	Valor de Referencia (S/. x m ³)	Ganador	% del Valor de Referencia
Gaseoso	Norte	1	G.R.A. Lambayeque	36,275.00	A, P, OM	8.5	A	100%
		1	G.D. Piura	36,468.00	A, P, OM	8.5	A	100%
		1	G.D. Tumbes	3,000.00	A, P, OM	8.5	A	100%
		2	G.D. Amazonas	4,900.00	A, P	21.87	A	100%
		2	G.D. Cajamarca	3,900.00	A, P	9.09	A	100%
		3	G.D. Ancash	11,418.00	A, P, OM	7.52	A	100%
		3	G.D. La Libertad	54,624.00	A, P, OM	8.5	A	100%
	Centro	4	G.D. Huánuco	18,600.00	M, OM, P	10.44	M	100%
		4	G.D. Junín	20,352.00	M, OM, P	9.91	M	100%
		4	G.D. Pasco	7,657.00	M, OM, P	9.91	M	100%
	Sur	5	G.D. Ayacucho	3,840.00	P	9.73	P	70%
		5	G.D. Huancavelica	3,000.00	P	10.62	P	70%
		5	G.D. Ica	71,280.00	P	7.25	P	70%
		6	G.D. Apurímac	3,600.00	OC, P	10.44	OC	90%
		7	G.D. Madre de Dios	1,800.00	OC, OM, P	18.07	P	70%
		7	G.D. Puno	21,447.00	OC, OM, P	9.56	P	70%
		8	G.R.A. Arequipa	92,304.00	I, OM, P	9.56	P	70%
		8	G.D. Moquegua	2,880.00	I, OM, P	9.56	P	70%
	Lima	9	Centro de Hemodiálisis	5,400.00	I, OM, P	5.09	P	70%
		9	G. C. Programas	30,750.00	I, OM, P	5.09	P	70%
		10	H.N. E. Rebagliati M.	108,000.00	I, OM, P	5	P	70%
		11	H.N. G. Almenara I.	19,200.00	I, OM, P	5	P	70%
		12	Clinica Angamos	54,060.00	I, OM, P, T	5.17	P	70%
		13	Clinica Grau	147,600.00	I, OM, P, T	5	P	70%
		14	H.N. A. Sabogal S.	220,500.00	I, T, P	4.94	P	70%
		15	Norte Chico	24,816.00	I, P	5.01	P	70%
		16	Centro	33,300.00	I, P	5.22	P	70%
		17	Cono Sur	32,148.00	I, P	5.05	P	70%
		18	Cono Norte	26,592.00	I, P	5.22	P	70%
Líquido	Norte	19	G.R.A. Lambayeque	64,991.00	A, OM, P	6.77	A	100%
		19	G.D. Piura	78,000.00	A, OM, P	6.77	A	100%
		20	G.R.A. Ancash	39,405.00	A, OM, P	6.77	A	100%
		20	G.R.A. La Libertad	57,288.00	A, OM, P	6.77	A	100%
	Centro	21	G.D. Junín	72,000.00	OM, M, P	8.08	OM	85%
	Sur	22	G.R.A. Arequipa	61,536.00	OM, P	8.31	OM	71%
	Lima	23	H.N. E. Rebagliati M.	936,000.00	P	4.73	-	-
		24	H.N. G. Almenara I.	720,000.00	P	4.73	-	-

A: Aga OC: Oxycusco T: Tecnogas

I: Indura OM: Oxyman

M: Messer P: Praxair

-: No disponible

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica

108. Como se observa en el cuadro precedente, 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

⁶³

Cabe indicar que, para el ítem 21 del presente proceso de selección, aparece como ganadora de la Buena Pro la empresa Oxyman según el "Cuadro Comparativo de Propuestas Económicas Adjudicadas" proporcionado por EsSalud (foja 416), sin embargo, en el Diario Oficial El Peruano del 20 de marzo de 2003, aparece como ganadora de la Buena Pro la empresa Messer.

habría generado que otras empresas (como, por ejemplo, Oxycusco y Oxyman) comiencen a participar en las licitaciones públicas de EsSalud.

109. Con esta nueva organización de la demanda de EsSalud, las empresas investigadas, coincidentemente, continuaron obteniendo la Buena Pro y abasteciendo las mismas zonas que venían abasteciendo por más de tres años seguidos. Sin embargo, a diferencia de lo ocurrido en los procesos de selección anteriores, esta vez obtuvieron la Buena Pro ofertando un precio igual o menor al valor referencial establecido por EsSalud.
110. En efecto, Praxair, Aga y Messer no presentaron propuestas ganadoras en zonas distintas a aquellas en las que tradicionalmente se adjudicaban la Buena Pro y, en consecuencia, Praxair continuó ganando en las zonas sur y Lima, Aga en la zona norte y Messer en la zona centro.
111. Cabe mencionar que, a partir de este proceso de selección, se observa una nueva coincidencia en el comportamiento de las empresas investigadas: en las zonas en las que obtuvieron la Buena Pro, todas ellas ofertaron precios iguales o inferiores a los valores referenciales establecidos por EsSalud, situación distinta a la observada en los procesos de selección anteriores, en los que las adjudicaciones se otorgaban con ofertas superiores al valor referencial establecido por EsSalud.

b. Adjudicaciones convocadas en octubre de 2003

112. Al igual que en los procesos de selección anteriores, en las Adjudicaciones de octubre de 2003 es posible apreciar que, de manera coincidente, una vez más las mismas empresas ganaron la Buena Pro para abastecer las mismas zonas que venían abasteciendo, para entonces, por más de cuatro años consecutivos, es decir, Praxair en las zonas sur y Lima, Aga en la zona norte y Messer en la zona centro. El siguiente cuadro muestra los resultados de estos procesos de selección.

Cuadro 9
Adjudicaciones convocadas en octubre de 2003

Tipo	Zona	Entidad	Volumen (m ³)	Valor Adjudicado (S/. x m ³)	Ganador
Gaseoso	Norte	G.R.A. Lambayeque	16,022.00	8.56	A
		G.D. Piura	12,228.00	10.18	A
		G.D. Tumbes	-	-	-
		G.D. Amazonas	-	-	-
		G.D. Cajamarca	-	-	-
		G.D. San Martín	9,986.00	11.09	A
		G.D. Ancash	-	-	-
		G.D. La Libertad	-	-	-
	Centro	G.D. Huánuco	-	-	-
		G.D. Junín	-	-	-
		G.D. Huancavelica	-	-	-
		G.D. Pasco	766.00	11.30	M
	Sur	G.D. Apurímac	-	-	-
		G.D. Ayacucho	3,134.00	6.87	P
		G.D. Ica	7,295.00	5.12	P
		G.D. Cusco	54,245.45	7.43	P
		G.D. Madre de Dios	-	-	-
		G.D. Puno	-	-	-
		G.R.A. Arequipa	94,520.00	7.10	P
		G.D. Moquegua	1,087.50	9.29	P
		G.D. Tacna	11,264.00	8.67	P
	Lima	G.D. Lima	96,676.00	3.69	P
Líquido	Norte	G.R.A. Lambayeque	55,144.00	6.83	A
		G.D. Piura	29,398.00	9.60	A
		G.D. Ancash	16,412.00	6.83	A
		G.D. La Libertad	-	-	-
	Centro	G.D. Huánuco	-	-	-
		G.D. Junín	2,800.00	9.99	M
	Sur	G.R.A. Arequipa	-	-	-
		G.D. Cusco	50,691.36	7.34	P
	Lima	H.N. E. Rebagliati M.	561,171.96	7.29	P
		H.N. A. Sabogal S.	-	-	-
		H.N. G. Almenara I.	474,873.41	7.29	P
		G.D. Lima	-	-	-

A: Aga P: Praxair

M: Messer

-: No disponible

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica

c. Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004)

113. La Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004) marca un nuevo hito importante en el comportamiento de las empresas investigadas pues, a partir de este proceso de selección, empezaron a realizar ofertas competitivas y a ganar en

zonas distintas a aquellas que, tradicionalmente y por más de cinco años consecutivos, habían venido proveyendo. El siguiente cuadro muestra los resultados de la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004):

Cuadro 10
Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004)

Tipo	Zona	Item	Entidad	Volumen (m ³)	Participantes	Valor de Referencia (S/. x m ³)	Ganador	% del Valor de Referencia
Gaseoso	Norte	1	G.R.A. Lambayeque	60,000.00	A	5.12	A	70%
		1	G.D. Piura	37,116.00	A	5.12	A	70%
		1	G.D. Tumbes	3,000.00	A	5.12	A	70%
		2	G.D. Amazonas	5,130.00	A	9.68	A	70%
		2	G.D. Cajamarca	4,800.00	A	5.2	A	70%
		2	G.D. San Martín	11,520.00	A	9.68	A	70%
	Centro	3	G.D. Ancash	14,304.00	A, M, OM	5.44	A, M	70%
		3	G.D. La Libertad	66,490.00	A, M, OM	5.12	A, M	70%
		4	G.D. Huánuco	10,744.00	A, M	5.44	A, M	70%
		4	G.D. Junín	16,800.00	A, M	5.44	A, M	70%
		4	G.D. Pasco	8,890.00	A, M	5.44	A, M	70%
	Sur	5	G.D. Ayacucho	8,400.00	P, T	8.4	P	70%
		5	G.D. Huancavelica	3,000.00	P, T	9.04	P	70%
		5	G.D. Ica	88,560.00	P, T	5.12	P	70%
		6	G.D. Apurímac	3,600.00	OC, OM, P	9.04	P	70%
		6	G.R.A. Cusco	48,312.00	OC, OM, P	5.44	P	70%
		7	G.D. Madre de Dios	1,800.00	P	9.92	P	70%
		7	G.D. Puno	26,400.00	P	5.44	P	70%
		8	G.R.A. Arequipa	123,576.00	OM, P	4.96	P	70%
		8	G.D. Moquegua	3,192.00	OM, P	5.12	P	70%
		8	G.D. Tacna	19,200.00	OM, P	4.96	P	70%
	Lima	9	Centro de Hemodiálisis	10,368.00	A, I, P	4.15	I	70%
		9	PADOMI	31,800.00	A, I, P	4.15	I	70%
		10	H.N. E. Rebagliati	96,000.00	A, I, P, T	4.32	P	70%
		11	H.N. G. Almenara	14,400.00	A, I, P, T	4.32	I	70%
		12	Clinica Angamos	64,141.00	A, I, OM, P	4.14	I	70%
		13	H. de Emergencia Grau	144,300.00	A, P	4.12	P	70%
		14	H.N. A. Sabogal S.	229,000.00	A, P, T	4.12	P	70%
		15	Norte Chico	32,452.00	P	4.37	P	70%
		16	Centro	50,516.00	A, I, P	4.25	I	70%
		17	Cono Sur	50,890.00	A, P	4.48	A	70%
Líquido	Norte	19	G.R.A. Lambayeque	120,000.00	A, M, OM	4.84	A	70%
		19	G.D. Piura	78,000.00	A, M, OM	4.84	A	70%
		20	G.D. Ancash	48,396.00	A	5.14	A	70%
		20	G.D. La Libertad	60,720.00	A	4.84	A	70%
	Centro	21	G.D. Junín	72,000.00	A, M	5.14	A	70%
		21	G.D. Huánuco	18,000.00	A, M	5.14	A	70%
	Sur	22	G.R.A. Cusco	66,720.00	OM, P	5.14	P	70%
	Lima	23	H.N. E. Rebagliati M.	840,000.00	A, P	4.08	A, P	70%
		24	H.N. G. Almenara I.	720,000.00	A, P	4.08	A, P	70%

A: Aga M: Messer P: Praxair
OM: Oxyman OC: Oxycurso T: Tecnogas
I: Indura C: Caxamarca Gas

Fuente: EsSalud
Elaboración: Secretaría Técnica

114. Como puede apreciarse en el cuadro anterior, en el presente proceso de selección, se incrementó el número de empresas que compitieron por cada uno de los ítems. Asimismo, las empresas investigadas que tradicionalmente habían

participado en una zona en particular, esta vez, presentaron ofertas competitivas en zonas distintas e incluso se adjudicaron la Buena Pro en algunas de ellas⁶⁴.

115. La obtención de la Buena Pro por parte de las empresas investigadas en estas nuevas zonas habría sido posible gracias a que realizaron ofertas muy cercanas al 70% del valor referencial, monto mínimo para que una propuesta económica fuera válida.
116. Hasta antes de este proceso de selección, las empresas investigadas habían mantenido un patrón de comportamiento por el cual se adjudicaban la Buena Pro para proveer oxígeno medicinal en las mismas zonas desde 1999; inicialmente, a precios cercanos al 110% del valor referencial y, luego del cambio en la organización de la demanda de EsSalud, a precios cercanos al 70% del valor referencial. A partir de este proceso de selección, las empresas investigadas cambiaron el patrón de comportamiento que habían mantenido por más de cinco años consecutivos y obtuvieron la Buena Pro en nuevas zonas, ofertando precios cercanos al 70% del valor referencial establecido por EsSalud.

d. Adjudicaciones convocadas en junio de 2005

117. En el proceso de selección precedente se advierte la existencia de competencia entre las empresas investigadas por suministrar oxígeno medicinal a EsSalud. Esta situación se hizo más evidente en las Adjudicaciones de junio de 2005. El siguiente cuadro muestra los resultados de dichos procesos de selección:

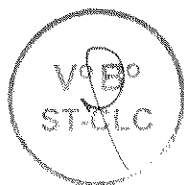
64

En los casos en que aparece más de un ganador, se aplicó el literal c) del artículo 73 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado:

Artículo 73.- Solución en caso de empate.-

En el supuesto que dos (2) o más propuestas empaten, el otorgamiento de la Buena Pro se efectuará observando estrictamente el siguiente orden:

- Con preferencia a favor de las pequeñas y/o microempresas ganadoras, de conformidad con la Ley 27268; o
- A favor del postor que haya obtenido el mejor puntaje económico, en el caso de bienes u obras; o el mejor puntaje técnico, tratándose de servicios; o
- A prorrata entre los postores ganadores, de acuerdo con el monto de sus propuestas, siempre que aquéllos manifiesten su voluntad de cumplir la parte correspondiente del contrato; o
- A través de sorteo en el mismo acto.



Cuadro 11
Adjudicaciones convocadas en junio de 2005

Tipo	Zona	Entidad	Volumen (m ³)	Valor Adjudicado (S/. x m ³)	Ganador
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	M
		G.D. La Libertad	18,294.00	3.59	M
	Centro	G.D. Huánuco	2,250.00	3.01	A
		G.D. Junín	4,789.00	2.67	P
		G.D. Huancavelica	-	-	-
		G.D. Pasco	2,060.00	3.81	A
	Sur	G.D. Apurímac	-	-	-
		G.D. Ayacucho	-	-	-
		G.D. Ica	-	-	-
		G.R.A. Cusco	19,440.00	3.81	P
		G.D. Madre de Dios	-	-	-
		G.D. Puno	-	-	-
		G.R.A. Arequipa	93,600.00	3.48	P
		G.D. Moquegua	-	-	-
		G.D. Tacna	-	-	-
	Lima	Sede Central	35,840.00	2.64	I
		H.N. A. Sabogal S.	3,360.00	3.14	A
		H.N. E. Rebagliati	11,600.00	2.96	P
		H.N. G. Almenara	31,980.00	2.59	A, I
Líquido	Norte	G.R.A. Lambayeque	7,358.00	4.36	A
		G.D. Piura	11,924.00	3.87	A
		G.D. Ancash	21,742.00	3.60	A
		G.D. La Libertad	-	-	-
	Centro	G.D. Huánuco	-	-	-
		G.D. Junín	-	-	-
	Sur	G.D. Arequipa	87.49	5.95	OM
		G.R.A. Cuzco	13,700.00	3.60	P
	Lima	H.N. E. Rebagliati M.	-	-	-
		H.N. A. Sabogal S.	-	-	-
		H.N. G. Almenara I.	-	-	-
		G.D. Lima	-	-	-

A: Aga OM: Oxyman

I: Indura

P: Praxair

M: Messer

-: No disponible

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica

118. Los resultados de estos procesos de selección, así como los resultados del proceso de selección inmediato anterior (Licitación Pública 0399L00091), demuestran que las investigadas estaban en capacidad de presentar ofertas competitivas y ganar en zonas distintas a las que habían abastecido tradicionalmente desde 1999.



119. Así, en las Adjudicaciones de junio de 2005, Praxair participó competitivamente y ganó en la zona centro (cuando antes sólo proveía en las zonas sur y Lima), Aga obtuvo la Buena Pro para proveer oxígeno medicinal en las zonas centro y Lima (cuando antes sólo proveía en la zona norte), y Messer ganó la Buena Pro en la zona norte (cuando antes sólo proveía en la zona centro).
120. Adicionalmente, se observa la presencia de otros competidores como Indura, que se adjudicó la Buena Pro para suministrar oxígeno medicinal a una entidad de la zona Lima, y Oxyman, que hizo lo propio respecto de una entidad de la zona sur.

e. Licitación Pública 0599L00081 (noviembre, 2005)

121. El comportamiento de las empresas investigadas durante este proceso de selección y los resultados obtenidos confirman que tenían la capacidad de participar competitivamente en los procesos de selección de EsSalud y ganar en otras zonas distintas a aquellas en las que tradicionalmente ganaban. El siguiente cuadro muestra el desarrollo de la Licitación Pública 0599L00081 (noviembre, 2005):

Cuadro 12
Licitación Pública 0599L00081 (noviembre, 2005)

Tipo	Zona	Ítem	Entidad	Volumen (m ³)	Participantes	Valor de Referencia (S/. x m ³)	Ganador	% del Valor de Referencia
Gaseoso	Norte	1	R.A. Lambayeque	90,000.00	A, M, P	3.25	A, M, P	70%
		1	R.A. Piura	44,220.00	A, M, P	3.25	A, M, P	70%
		1	R.A. Tumbes	2,400.00	A, M, P	3.26	A, M, P	70%
		2	R.A. Amazonas	5,160.00	P	6.2	P	110%
		2	R.A. Cajamarca	7,020.00	P	3.41	P	110%
		2	R.A. San Martín	12,672.00	P	6.2	P	110%
		4	R.A. Ancash	12,240.00	A, M, OM, P	3.5	A, M, P	70%
		4	R.A. La Libertad	67,200.00	A, M, OM, P	3.25	A, M, P	70%
		3	R.A. Loreto	32,124.00	-	7.74	Desierto	-
	Centro	5	R.A. Huánuco	16,650.00	A, P	3.25	A, P	92%
		5	R.A. Junín	12,240.00	A, P	3.25	A, P	92%
		5	R.A. Pasco	8,892.00	A, P	3.25	A, P	92%
	Sur	6	R.A. Apurímac	4,800.00	P	5.8	P	70%
		6	R.A. Ayacucho	12,000.00	P	5.36	P	70%
		6	R.A. Huancaavelica	2,520.00	P	5.8	P	70%
		6	R.A. Ica	176,000.00	P	3.25	P	70%
		7	R.A. Cusco	77,925.00	OM, P	3.25	P	70%
		7	R.A. Madre de Dios	2,250.00	OM, P	6.35	P	70%
		7	R.A. Puno	28,080.00	OM, P	3.5	P	70%
		8	R.A. Arequipa	180,000.00	A, I, OM, P	3.25	I, OM, P	70%
		8	R.A. Moquegua	4,374.00	A, I, OM, P	3.25	I, OM, P	70%
		8	R.A. Tacna	25,200.00	A, I, OM, P	3.25	I, OM, P	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	P	70%
		11	H.N. E. Rebagliati M.	96,000.00	A, I, P, T	2.73	I, P, T	70%
		11	Clinica Angamos	72,000.00	A, I, P, T	2.73	I, P, T	70%
		11	Centro	31,800.00	A, I, P, T	2.73	I, P, T	70%
		11	Cono Sur	46,629.00	A, I, P, T	2.73	I, P, T	70%
		12	H.N. G. Almenara I.	14,400.00	A, I, P, T	2.73	I, P	70%
		12	Centro	49,032.00	A, I, P, T	2.73	I, P	70%
		12	Cono Sur	15,456.00	A, I, P, T	2.73	I, P	70%
		12	Cono Norte	31,800.00	A, I, P, T	2.73	I, P	70%
		12	H. de Emergencia Grau	144,000.00	A, I, P, T	2.73	I, P	70%
		13	H.N. A. Sabogal S.	59,040.00	I, P, T	2.73	I, P	70%
		13	Norte Chico	34,440.00	I, P, T	2.73	I, P	70%
Líquido	Norte	14	R.A. Piura	72,000.00	A, M, P	3.01	A	70%
		14	R.A. Lambayeque	120,000.00	A, M, P	3.01	A	70%
		15	R.A. La Libertad	78,000.00	A, M, OM, P	3.01	A	70%
		15	R.A. Ancash	59,460.00	A, M, OM, P	3.31	A	70%
	Centro	16	R.A. Junín	90,000.00	A, P	3.31	A, P	70%
		16	R.A. Huánuco	18,000.00	A, P	3.31	A, P	70%
	Sur	17	R.A. Arequipa	90,000.00	A, I, M, OM, P	3.31	A	70%
		18	R.A. Cusco	86,655.00	A, OM, P	3.31	A, P	70%
	Lima	19	H.N. E. Rebagliati M.	840,000.00	A, M, P	2.7	P	70%
		20	H.N. A. Sabogal S.	188,400.00	A, I, M, OM, P	2.7	P	70%
		21	H.N. G. Almenara I.	720,000.00	A, M, OM, P	2.7	P	70%

A: Aga OM: Oxymon

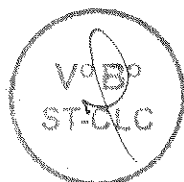
I: Indura P: Praxair

M: Messer T: Tecnogas

-: No disponible

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica



122. De la información presentada, se observa que Praxair, Aga y Messer, continuaron participando competitivamente en el mercado, presentando en muchos casos ofertas cercanas al 70% del valor referencial establecido por EsSalud. Así, por ejemplo, Praxair, Aga y Messer se hicieron de la Buena Pro en algunas entidades de las zonas norte, centro, sur y Lima; por su parte, Indura obtuvo la Buena Pro en algunas entidades de las zonas sur y Lima.
123. De lo expuesto hasta esta etapa del análisis, es posible concluir que, durante el Segundo Periodo, inicialmente también existió una notoria coincidencia en el comportamiento de las empresas investigadas: todas abastecieron las zonas que tradicionalmente abastecían. Sin embargo, posteriormente todas participaron en zonas en las que nunca habían participado. En efecto:
- i. **Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002):** A partir de este proceso de selección, EsSalud modificó la organización de su demanda, dividiéndola en un mayor número de ítems con menores cantidades demandadas en cada uno de ellos. Sin embargo, de forma coincidente, las empresas investigadas continuaron proveyendo de oxígeno medicinal a EsSalud en las mismas zonas en las que habían venido haciéndolo desde la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998).

Asimismo, de forma coincidente, las empresas modificaron su estrategia de obtención de la Buena Pro, pasando de un esquema en el que todas ofertaban un precio cercano al 110% del valor referencial, a uno en el que todas ofertaban un precio cercano al 70% del valor referencial.
- ii. **Adjudicaciones convocadas en octubre de 2003:** Las empresas investigadas continuaron con el mismo patrón de comportamiento que sostenían desde la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998), participando y ganando la Buena Pro sólo en las zonas en las que tradicionalmente lo hacían y no presentando ofertas competitivas en las demás zonas.
 - iii. **Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004):** Las empresas investigadas abandonaron el patrón de comportamiento que habían mantenido por más de cinco años consecutivos y empezaron a presentar ofertas competitivas y a adjudicarse la Buena Pro en zonas en las que antes no habían ganado y con precios cercanos al 70% del valor referencial establecido por EsSalud.
 - iv. **Adjudicaciones convocadas en junio de 2005 y Licitación Pública 0599L00081 (noviembre, 2005):** Se aprecia el mismo comportamiento observado en el proceso de selección anterior. Así, las empresas investigadas participaron competitivamente y se adjudicaron la Buena Pro en zonas en las que no solían ganar, ofertando en la mayoría de los casos precios cercanos al 70% del valor referencial. Esto demuestra que las empresas investigadas estaban en capacidad de presentar ofertas competitivas y ganar en zonas distintas a las que habían abastecido tradicionalmente desde 1999.

3.2.5. Análisis conjunto del Primer y Segundo Periodo

124. La evaluación conjunta de los hechos acontecidos durante el Primer y Segundo Periodo, permite presumir que los resultados de los procesos de selección desde la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998) hasta las Adjudicaciones de octubre de 2003, fueron producto de acciones coordinadas entre las empresas investigadas y no consecuencia natural del proceso competitivo.
125. En efecto, en el Primer Periodo (desde la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998) hasta las Adjudicaciones de setiembre de 2001), las empresas investigadas obtuvieron la Buena Pro en las mismas zonas por más de tres años, ofertando precios iguales o muy cercanos al 110% del valor referencial, y no se presentaron o presentaron ofertas superiores al 110% del valor referencial en las demás zonas.
126. Considerando esta situación, EsSalud introdujo, a partir de la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002), cambios en la forma de organizar su demanda de oxígeno medicinal orientados a desarrollar un mercado más competitivo.
127. Así, durante los dos primeros procesos de selección del Segundo Periodo (la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002) y las Adjudicaciones de octubre de 2003), se presentaron nuevas empresas competidoras y las empresas investigadas ofertaron precios cercanos al 70% del valor referencial. Sin embargo, continuaron obteniendo la Buena Pro en las mismas zonas, ahora por más de cinco años, y no participando competitivamente en las demás zonas.
128. 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.
129. La participación de las empresas investigadas en los procesos de selección se caracterizó porque, antes de los cambios implementados por EsSalud, abastecieron siempre las mismas zonas con precios cercanos al 110% del valor referencial y, luego de los cambios, continuaron abasteciendo las mismas zonas pero, ante la presencia de nuevos competidores, con precios cercanos al 70% del valor referencial, hasta que, finalmente, comenzaron a participar competitivamente y a ganar en zonas distintas.
130. Así, el comportamiento competitivo de las empresas investigadas desde la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004) hasta la Licitación Pública 0599L00081 (noviembre, 2005), permite presumir que las notorias coincidencias en el comportamiento de las empresas investigadas desde la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998) hasta las Adjudicaciones de octubre de 2003, no fueron producto de la competencia efectiva entre ellas pues, a pesar de que

siempre estuvieron en capacidad de participar competitivamente en zonas distintas a las que tradicionalmente abastecían, no lo hicieron.

131. En el siguiente cuadro se describe el comportamiento de las empresas investigadas durante el Primer y Segundo Periodo:

Cuadro 13
Los procesos de selección analizados

Periodo	Comportamiento	Proceso	Convocatoria	Periodo Suministro	Otorgamiento Buena Pro
Primer Periodo	Concertación	018-IPSS-98	Nov-98	Enero 1999 a Diciembre 1999	Ene-99
		053-Essalud-99	May-00	Junio 2000 a Junio 2001	Jun-00
		0199-L00051	Jul-01	Desierto	Set-01
		Adjudicaciones	Set-01	Octubre 2001 a Noviembre 2002	***
Segundo Periodo	Concertación	0199-L00052	Set-02	Noviembre 2002 a Noviembre 2003	Nov-02
		Adjudicaciones	Oct-03	Noviembre 2003 a Junio 2004	***
	Competencia	0399-L00091	Abr-04	Junio 2004 a Junio 2005	Jun-04
		Adjudicaciones	Jun-05	Junio 2005 a Enero 2006	***
		0599-L00081	Nov-05	Febrero 2006 a Febrero 2007	Ene-06

*** En tanto las adjudicaciones se dan a nivel nacional y de manera independiente, no existe una fecha conjunta de otorgamiento de la Buena Pro

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica

132. Como puede apreciarse, el comportamiento de las empresas investigadas se caracterizó por:

- Obtener la Buena Pro en las mismas zonas desde la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998) hasta las Adjudicaciones de octubre de 2003;

✓

VºBº
STOLC

- ii. 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 Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998), en la Licitación Pública 053-ESSALUD-99 (mayo, 2000) y en la Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001); y,
 - iii. La estrategia de ofertar precios altos⁶⁵ desde la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998) hasta las Adjudicaciones de setiembre de 2001 y precios bajos⁶⁶ en la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002) y en las Adjudicaciones de octubre de 2003, conservando cada empresa investigada la zona que tradicionalmente había venido abasteciendo desde la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998).
133. Todos estos indicios o coincidencias se encuentran debidamente acreditados y, analizados en su conjunto, permiten presumir la existencia de una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de reparto de mercado para la provisión de oxígeno medicinal a EsSalud, desde la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998) hasta las Adjudicaciones de octubre de 2003, de forma tal que Praxair abasteciera siempre las zonas sur y Lima, Aga la zona norte y Messer la zona centro.
134. En tal sentido, considerando la metodología de análisis aplicable al uso de indicios y presunciones, esta Comisión evaluará a continuación las explicaciones alternativas a la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, planteadas por las propias empresas investigadas durante el procedimiento. Si, luego del razonamiento lógico crítico correspondiente, se descartan estos argumentos como explicaciones alternativas y únicamente subsiste la explicación consistente en la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, se habrá confirmado la presunción y, en consecuencia, se habrá determinado la existencia de una infracción al Decreto Legislativo 701.

3.3. ARGUMENTOS DE LAS EMPRESAS INVESTIGADAS

135. El comportamiento de las empresas investigadas durante el periodo de análisis se caracterizó por presentar una serie de coincidencias que no responderían a un actuar competitivo sino que, por el contrario, serían el reflejo de un acuerdo de voluntades que habría tenido por objeto generar un beneficio anticompetitivo a través de un reparto geográfico del mercado.
136. Como se ha señalado, para la detección de una práctica restrictiva de la competencia, la autoridad puede recurrir a indicios que, evaluados en su conjunto, permitan presumir la realización de la conducta imputada. Adicionalmente, es necesario verificar que no exista una explicación alternativa a la existencia de una infracción. En ese sentido, se analizarán a continuación los

⁶⁵ En las licitaciones públicas, precios cercanos al 110% del valor referencial y, en las adjudicaciones, precios altos en relación al valor referencial del proceso de selección inmediato anterior.

⁶⁶ En la licitación pública, 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.

argumentos planteados por las propias empresas investigadas para justificar la conducta imputada.

3.3.1. El reparto geográfico fue diseñado por EsSalud

137. Las empresas investigadas han alegado que el reparto geográfico que se observaba en la provisión de oxígeno medicinal a EsSalud (Praxair en las zonas sur y Lima, Aga en la zona norte y Messer en la zona centro) no respondió a una práctica restrictiva de la competencia sino que fue resultado del diseño ineficiente de los procesos de selección implementado por la propia EsSalud.
138. Al respecto, esta Comisión considera que, si bien la organización de los procesos de selección de EsSalud durante el Primer Periodo implicaba que su demanda estuviera dividida en sólo cuatro grandes zonas geográficas, ello no significa que las empresas investigadas hayan estado obligadas a ganar la Buena Pro siempre en las mismas zonas. Por el contrario, las empresas investigadas siempre fueron libres y estuvieron en capacidad de proveer oxígeno medicinal a EsSalud en cualquier zona. El hecho que cada ítem haya comprendido una determinada zona geográfica, no justifica que cada empresa investigada haya obtenido la Buena Pro, de manera sostenida en el tiempo, en una única zona.
139. Por otro lado, si bien durante el Primer Periodo la organización de los procesos de selección estuvo diseñada para abastecer sólo cuatro grandes zonas geográficas, a partir de la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002) se rediseñó esta organización, definiéndose zonas más pequeñas divididas en veinticuatro ítems. Este nuevo diseño no sólo no obligaba a cada empresa investigada a proveer una única zona sino que, por el contrario, abrió la posibilidad de que cada empresa investigada participara competitivamente en un mayor número de ítems y, por lo tanto, en un mayor número de zonas.
- Como puede apreciarse, el reparto geográfico no puede haber respondido a la organización de la demanda de EsSalud pues, cuando ésta cambió, las empresas investigadas continuaron ganando la Buena Pro única y exclusivamente en las zonas que tradicionalmente abastecían.
140. Finalmente, a partir de la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004), casi dos años después del cambio implementado por EsSalud en la organización de su demanda, las empresas investigadas comenzaron a participar de manera competitiva en zonas distintas a las que tradicionalmente abastecían, circunstancia que demuestra que siempre estuvieron en capacidad de participar competitivamente en otras zonas y que la organización inicial diseñada por EsSalud no obligaba a que Praxair ganara siempre en las zonas sur y Lima, Aga en la zona norte y Messer en la zona sur.
141. En consecuencia, considerando que la organización inicial de los procesos de selección diseñada por EsSalud no restringió la capacidad de las empresas investigadas de presentar ofertas competitivas en otras zonas (como efectivamente lo hicieron de manera posterior), dicha organización no justifica

que cada empresa investigada haya limitado su oferta a una única zona. Por lo tanto, el presunto reparto geográfico diseñado por EsSalud no constituye una explicación alternativa a la existencia de un reparto de mercado.

3.3.2. La autodescalificación respondió a una estrategia de señalización

142. Las empresas investigadas han manifestado que el hecho de haber presentado ofertas superiores al 110% del valor referencial establecido por EsSalud (lo que provocaba su descalificación automática) respondió a una estrategia de señalización (*signalling*) dirigida a que EsSalud incrementara el valor referencial en sus procesos de selección y no a la realización de una práctica restrictiva de la competencia. Según las empresas investigadas, esta estrategia les servía para tener presencia en el mercado e informar a EsSalud que estaban dispuestas a participar en otras zonas si las condiciones cambiaban.
143. La estrategia de *signalling* consiste en señalar o informar a otros agentes económicos con la finalidad de orientar o influir en sus acciones. Así, se afirma que el *signalling* puede ser utilizado para proporcionar información relevante en alguna transacción de modo que la otra parte tome mejores decisiones⁶⁷.
144. En el presente caso, según lo alegado por las empresas investigadas, el *signalling* habría sido utilizado para enviar a EsSalud información relacionada con las condiciones de sus procesos de selección, indicándole que el valor referencial consignado en las bases era insuficiente para lograr una adecuada provisión de oxígeno.
145. Al respecto, cabe señalar que en los procesos de selección existía un mecanismo directo mediante el cual las empresas podían enviar información a EsSalud acerca del valor referencial consignado en las bases. Este mecanismo se encuentra en las etapas de consulta y observaciones a las bases, de inclusión obligatoria en el calendario de los procesos de selección según lo establecido en el Decreto Supremo 013-2001-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado⁶⁸.
146. En efecto, esta norma establecía como parte del proceso de selección etapas durante las cuales los interesados podían presentar consultas y formular

⁶⁷ SPENCE, Michael (1973). Job Market Signalling. Quarterly Journal of Economics, Vol. 87, No. 3, páginas 355-374.

⁶⁸ 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.

(...)
(vigente durante el periodo de investigación)



observaciones a las condiciones del proceso, incluyendo el valor referencial. De acuerdo a lo anterior, las empresas investigadas tenían la oportunidad de comunicar formalmente a EsSalud su disconformidad y sus expectativas en relación con el valor referencial.

147. Adicionalmente, incluso si una empresa investigada hubiera formulado observaciones al valor referencial y EsSalud hubiera decidido no considerarlas, dicha empresa investigada podía haber optado por no participar en el proceso de selección, toda vez que ya había utilizado el mecanismo formal existente para comunicar sus expectativas y su disposición a participar en otras zonas si las condiciones cambiaban.

Esta situación se pudo observar en la Licitación Pública 0199-L000051 (julio, 2001), en la que las empresas investigadas manifestaron que el valor referencial consignado en las bases les parecía muy bajo⁶⁹. Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que constituye una notoria coincidencia que todas las empresas investigadas hayan considerado que el valor referencial resultaba muy bajo y que finalmente todas se hayan abstenido de continuar participando en el referido proceso de selección.

148. Por otro lado, Praxair ha manifestado que Essalud reconoció haber establecido valores referenciales teniendo en cuenta valores pasados. En ese sentido, la empresa investigada ha argumentado que su comportamiento, basado en la estrategia de *signalling*, resultaba coherente pues, al presentar una mayor oferta, aunque ésta se encontrara sobre el 110% de valor referencial y provocara su descalificación automática, propiciaría un ajuste futuro de los valores referenciales.

149. Sobre el particular, cabe precisar que, como ha señalado la propia EsSalud⁷⁰, antes de la Licitación Pública 053-ESSALUD-99 (mayo, 2000), no utilizaba como base para la estimación del valor referencial a todas las ofertas presentadas sino sólo a aquellas efectivamente adjudicadas en los procesos de selección previos y, luego de la Licitación Pública 053-ESSALUD-99 (mayo, 2000), simplemente dejó de emplear los resultados de los procesos de selección previos como referencia para los posteriores. En otras palabras, EsSalud nunca utilizó las ofertas descalificadas como base para la estimación del valor referencial. Sin embargo, las empresas investigadas continuaron autodescalificándose, presentando ofertas superiores al 110% del valor referencial.

150. De acuerdo a lo anterior, no resulta creíble que las empresas investigadas hayan utilizado una estrategia de *signalling* para informar a EsSalud sus expectativas en relación con el valor referencial. Por el contrario, la presentación de ofertas superiores al 110% del valor referencial aseguraba que las empresas investigadas no obtuvieran la Buena Pro en zonas distintas a aquellas en las que tradicionalmente ganaban, lo que podría constituir un mecanismo para garantizar el cumplimiento de un reparto de mercado. Por lo tanto, la presunta adopción de

⁶⁹ Ver fojas 1,077 y 1,078.

⁷⁰ Para mayor información, ver el escrito de EsSalud del 22 de mayo de 2006 (fojas 256 a 694).

una estrategia de señalización no constituye una explicación alternativa a la existencia de un reparto de mercado

3.3.3.El costo involucrado y la falta de capacidad productiva disponible para abastecer otras zonas

151. Las empresas investigadas también han manifestado que no presentaron ofertas competitivas en zonas distintas a aquellas en las que tradicionalmente ganaban porque resultaba muy costoso para ellas incursionar en otras zonas (por cuestiones de infraestructura y logística) y porque no contaban con capacidad productiva disponible. Así, según las empresas investigadas, el reparto geográfico que se observaba en la provisión de oxígeno medicinal a EsSalud no se debió a una práctica restrictiva de la competencia sino al mayor costo y a la falta de capacidad productiva disponible para abastecer zonas distintas a las que tradicionalmente abastecían.
152. En lo que se refiere al costo de abastecer otras zonas, si bien es cierto que el ganador de un proceso de selección en determinada zona obtiene cierta ventaja competitiva (experiencia y ahorro en costos logísticos), en el presente caso, dicha ventaja no puede haber sido significativa ni excluyente pues, a partir de la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002), las empresas investigadas bajaron sus precios y, a partir de la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004), abastecieron otras zonas.
153. En efecto, los precios cobrados por las empresas investigadas a partir de la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002) fueron cercanos al 70% del valor referencial y mucho menores a los precios cobrados por ellas mismas en los procesos de selección previos. Esta circunstancia demuestra que, entre 1998 y 2001, el costo no puede haber sido un impedimento para que las empresas investigadas presentaran ofertas competitivas en zonas distintas a aquellas en las que tradicionalmente ganaban.
154. Asimismo, a partir de la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004), el comportamiento de las empresas investigadas contradice el argumento consistente en que resultaba muy costoso incursionar en otras zonas pues, a partir de este proceso de selección, presentaron ofertas competitivas y ganaron en zonas distintas a las que tradicionalmente abastecían, incluso con precios menores a los que habían venido cobrando en sus zonas tradicionales.
155. Sobre el particular, Aga ha señalado que, a partir de 2002, modificó su comportamiento debido al cambio que implementó EsSalud en la forma de organizar su demanda y a la reducción de costos generada por la disminución del precio de transferencia que su División de Gases le carga a su División Medicinal por el oxígeno que pone a su disposición.

Al respecto, cabe precisar que la reducción de costos alegada por Aga sería consecuencia de la reorganización interna de la contabilidad de dos de sus divisiones y no de una disminución real de sus costos. Por lo demás, la supuesta reducción de sus costos en el 2002 no puede haber provocado la presentación

de ofertas competitivas en otras zonas a partir del 2004 pues, como puede apreciarse, aquella se habría producido dos años antes que ésta.

156. En lo que se refiere a la disponibilidad de capacidad productiva, esto tampoco puede haber impedido que se presentaran ofertas competitivas en otras zonas pues, de acuerdo a la información proporcionada por las propias empresas investigadas y EsSalud⁷¹, durante el periodo de análisis, Praxair, Aga y Messer sí estaban en capacidad de abastecer zonas distintas a las que tradicionalmente abastecían. De hecho, se ha podido verificar que las empresas investigadas siempre tuvieron capacidad productiva disponible hasta para cuadruplicar su oferta a EsSalud.
157. Al respecto, Praxair ha señalado que sus contratos de largo plazo limitaban su capacidad para presentar ofertas competitivas en otras zonas. Sin embargo, la capacidad productiva disponible a la que se hace referencia en el párrafo anterior corresponde a la capacidad de Praxair incluso descontando estos compromisos.
158. En el caso particular de Messer, si bien esta empresa contó con planta propia recién a partir de 2001 (es decir, tres años antes de que el reparto de zonas geográficas cesara), cabe precisar que las relaciones con sus proveedores le permitían disponer de oxígeno suficiente como para presentar ofertas competitivas en zonas distintas a la que tradicionalmente abastecía⁷².
159. Adicionalmente, cabe resaltar que las empresas investigadas incurren en una contradicción cuando afirman, por un lado, que no contaban con capacidad productiva disponible para abastecer zonas distintas a las que tradicionalmente abastecían y, por otro lado, que presentaban ofertas superiores al 110% del valor referencial como estrategia de *signalling* para informar a EsSalud que estaban dispuestas a participar en otras zonas si las condiciones cambiaban. En efecto, la única forma de proveer otras zonas era contando con capacidad productiva disponible para hacerlo.
160. El siguiente cuadro muestra las entidades correspondientes a las nuevas zonas en las que las empresas investigadas obtuvieron la Buena Pro en la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004) y en la Licitación Pública 0599L00081 (noviembre, 2005).

⁷¹ Ver información disponible a fojas 155, 230, 2,179, 2,345, 3,348, 4,264 y 4,288.

⁷² Al respecto, cabe precisar que, antes de que contara con planta propia, Messer tenía como proveedores a Praxair y Aga, entre otros (foja 2,451).

Cuadro 14
Nuevas zonas en las que las empresas investigadas obtuvieron la Buena Pro en
la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004) y en la Licitación Pública 0599L00081 (noviembre, 2005)

	Licitación Pública 0399L00091	Licitación Pública 0599L00081
Praxair		R.A. Lambayeque R.A. Piura R.A. Tumbes R.A. Amazonas R.A. Cajamarca R.A. San Martín R.A. Ancash R.A. La Libertad R.A. Huánuco R.A. Pasco R.A. Humaya-Sayán-Oyón
Aga	R.A. Huánuco R.A. Junín R.A. Pasco R.A. Cono Sur H.N. E. Rebagliati H.N. G. Almenara	R.A. Arequipa R.A. Cusco
Messer	R.A. Ancash R.A. La Libertad	R.A. Lambayeque R.A. Piura R.A. Tumbes

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica

161. Como puede observarse, las empresas investigadas obtuvieron la Buena Pro en zonas distintas a aquellas en las que tradicionalmente ganaban. Así, por ejemplo, Praxair logró adjudicarse la Buena Pro en once entidades que antes no había abastecido, Aga en ocho y Messer en cinco.
162. Este comportamiento contradice el argumento según el cual resultaba muy costoso incursionar en otras zonas y no contaban con capacidad productiva disponible, pues evidencia que las empresas investigadas estaban en capacidad de presentar ofertas competitivas en otras zonas, incluso con precios progresivamente menores. Así, a partir de la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004), todas las empresas investigadas obtuvieron la Buena Pro en zonas que tradicionalmente no abastecían, ofertando precios progresivamente menores y en un mayor número de zonas, lo que confirma que no existían costos que les impidiesen incursionar en otras zonas y que su capacidad productiva disponible no limitaba su accionar⁷³.
163. Por lo tanto, la presunta dificultad para abastecer otras zonas debido al costo involucrado y a la falta de capacidad productiva disponible no constituye una explicación alternativa a la existencia de un reparto geográfico de mercado.

73

En efecto, al presentar ofertas competitivas en un mayor número de zonas que antes (sus zonas tradicionales y otras zonas), las empresas investigadas asumieron la posibilidad de tener que abastecer a EsSalud con un mayor volumen de oxígeno medicinal, circunstancia que demuestra que contaban con suficiente capacidad productiva disponible.

3.3.4. Importancia relativa del oxígeno medicinal es baja

164. Las empresas investigadas han manifestado que carecía de sentido la realización de una práctica restrictiva de la competencia respecto del oxígeno medicinal, porque este producto no es importante para ellas o porque disponen de este producto luego de atender otros mercados.
165. Al respecto, cabe recordar que la realización de una práctica restrictiva de la competencia tiene por objeto la obtención de beneficios extraordinarios por parte de los infractores a través de la celebración de un acuerdo de voluntades. En tal sentido, la comercialización de cualquier producto es susceptible de ser materia de una práctica restrictiva de la competencia, sin perjuicio de que un determinado producto pueda otorgar un mayor o menor beneficio extraordinario que otros.
166. Así, si bien la importancia relativa de un producto dentro de la cartera de productos que ofrece una empresa puede servir para calcular los perjuicios que podría causar una infracción relacionada con este producto sobre el bienestar de los consumidores, dicha importancia relativa no condiciona la posibilidad de que se produzca una práctica restrictiva de la competencia respecto de este producto.
167. Por lo tanto, la importancia relativa del oxígeno medicinal en las ventas de las empresas investigadas, en general, no constituye un elemento relevante para determinar la configuración de una práctica restrictiva de la competencia y, en particular, no justifica la existencia de un reparto geográfico de mercado.

3.3.5. La existencia de diferencias entre los precios del oxígeno medicinal y el oxígeno industrial

168. Las empresas investigadas han señalado que existen diferencias entre los precios del oxígeno medicinal y los precios del oxígeno industrial, circunstancia que demostraría que no existió una práctica restrictiva de la competencia.
169. Al respecto, cabe precisar lo siguiente: i) la comparación entre estos dos precios no es válida pues corresponden a dos mercados distintos, con condiciones de oferta y demanda no comparables entre sí, y ii) la existencia de precios diferentes en dos mercados distintos es natural en la economía y no elimina la posibilidad de que se haya realizado una práctica restrictiva de la competencia en alguno de ellos.
170. Las propias empresas investigadas han manifestado que ambos mercados enfrentan distintas condiciones de comercialización, que se traducen en diferencias en los precios, en la duración de los contratos, etc. Sin perjuicio de ello, considerando que una misma empresa puede abastecer a ambos mercados, es posible que las decisiones iniciales sobre las condiciones de oferta en cada mercado se encuentren interrelacionadas entre sí. No obstante, una vez

superada esta etapa, cada oferta enfrentará una demanda distinta, cuya interacción provocará una solución de mercado particular (precio – cantidad).

171. En consecuencia, la existencia de diferencias entre los precios del mercado de oxígeno medicinal y los precios del mercado de oxígeno industrial, en general, no constituye un elemento relevante para determinar la configuración de una práctica restrictiva de la competencia respecto del oxígeno medicinal y, en particular, no justifica la existencia de un reparto geográfico de mercado.

3.3.6. La existencia de asimetrías entre las empresas investigadas

172. Las empresas investigadas han manifestado que la conducta anticompetitiva materia de investigación no sería posible entre ellas debido a la existencia de asimetrías que limitarían sus incentivos para restringir la competencia.
173. Sobre el particular, esta Comisión considera que la existencia de asimetrías entre las empresas investigadas deja de ser relevante como posible desincentivo de la conducta imputada debido a que, como ha quedado demostrado, todas ellas estaban en capacidad de cumplir los requisitos establecidos en las bases de los procesos de selección de EsSalud, a precios competitivos y en distintas zonas, como ocurrió luego de la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002).
174. En efecto, las empresas con mayor participación de mercado eran conscientes de que cualquiera de sus competidoras podía ganarle en cualquier proceso de selección, por lo que el incentivo a realizar una práctica restrictiva de la competencia no puede ser descartado. Esto se confirma si se tiene en cuenta que las empresas investigadas fueron descalificadas en determinadas licitaciones públicas por haber excedido el 110% del valor referencial en su propuesta económica y no por haber presentado problemas en su calificación técnica⁷⁴. En otras palabras, las empresas investigadas estaban en capacidad de aprobar la calificación técnica y, en esa medida, obtener la Buena Pro en los procesos de selección de EsSalud.
175. En consecuencia, esta Comisión considera que, en el presente caso, el argumento relacionado con la existencia de asimetrías entre las empresas investigadas no constituye un elemento relevante para determinar la configuración de una práctica restrictiva de la competencia ni justifica la existencia de un reparto geográfico de mercado.

3.3.7. La imposibilidad de abastecer todo el mercado

176. Las empresas investigadas han manifestado que la conducta anticompetitiva materia de investigación no sería posible debido a que, individualmente, ninguna de ellas tenía la capacidad de abastecer todo el mercado, circunstancia que

⁷⁴ Se entiende que, al haber aprobado la etapa de calificación técnica, las empresas investigadas cumplían todos los requerimientos establecidos en las bases de los procesos de selección de EsSalud.



desalentaría la realización de una práctica restrictiva de la competencia. Como prueba de ello, han señalado que ninguna de las empresas investigadas obtuvo la Buena Pro para abastecer todo el mercado durante el periodo investigado.

177. Al respecto, cabe precisar que el hecho de que ninguna de las empresas investigadas haya ganado todos los ítems de una licitación pública durante el periodo investigado no demuestra que ninguna de ellas haya tenido la capacidad de abastecer todo el mercado. Por el contrario, como se ha señalado, a partir de la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004), todas las empresas investigadas obtuvieron la Buena Pro en zonas que tradicionalmente no abastecían, ofertando precios progresivamente menores y en un mayor número de zonas, lo que confirma que no existían costos que les impidiesen incursionar en otras zonas y que su capacidad productiva disponible no limitaba su accionar.
178. Sin perjuicio de ello, 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 voluntad individual a la del colectivo, con el objeto de obtener un beneficio extraordinario que no sería posible sin el acuerdo de voluntades 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.
179. En consecuencia, el hecho de que ninguna de las empresas investigadas haya abastecido todo el mercado durante el periodo investigado, en general, no constituye un elemento relevante para determinar la configuración de una práctica restrictiva de la competencia y, en particular, no justifica la existencia de un reparto geográfico de mercado.

3.3.8. La existencia de costos hundidos

180. Los costos hundidos constituyen una barrera de entrada que toda empresa debe considerar al momento de decidir si invierte o no en determinado mercado. Las empresas que deciden ingresar a un mercado deben tomar más precauciones cuanto más específicos sean los activos necesarios para su ingreso, pues esta especificidad representa una menor posibilidad de reventa. Así, cuanto mayores sean los costos hundidos, menores serán los incentivos para el ingreso de nuevos competidores.
181. Considerando lo anterior, las empresas investigadas han argumentado que la existencia de costos hundidos en la provisión de oxígeno habría provocado que continúen abasteciendo las mismas zonas que tradicionalmente abastecían, pues no tendrían incentivos para incursionar en otras zonas.
182. En efecto, la posible existencia de costos hundidos constituiría una barrera de entrada, toda vez que implicaría la existencia de un costo irrecuperable para quien desee incursionar en el mercado, costo que en la práctica podría



desalentar el ingreso de nuevas empresas y facilitar que un reparto geográfico de mercado se mantenga en el tiempo.

183. Sin embargo, en el presente caso, no es posible relacionar la existencia de costos hundidos con la posibilidad de ofertar en zonas distintas a las que tradicionalmente abastecían las empresas investigadas. En efecto, aún asumiendo la existencia de ciertos costos hundidos, estos costos no impidieron que las empresas investigadas presentaran ofertas competitivas en otras zonas a partir de la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004) ni desalentaron el ingreso de nuevas empresas al mercado.
184. En consecuencia, la existencia de costos hundidos no explica la ausencia de competencia en el mercado, pues se ha verificado que las empresas investigadas estaban en capacidad de obtener la Buena Pro en zonas distintas a las que tradicionalmente abastecían, con precios incluso menores a los ofrecidos en sus zonas tradicionales. Por lo tanto, esta Comisión considera que, en el presente caso, la existencia de costos hundidos no constituye un elemento relevante para determinar la configuración de una práctica restrictiva de la competencia ni justifica la existencia de un reparto geográfico de mercado.

3.3.9. La solicitud de prorratio y la necesidad de múltiples ofertas

185. Las empresas investigadas han manifestado que la solicitud de prorratio, en caso de empate, no constituye un indicio de una conducta anticompetitiva.
186. Al respecto, el artículo 73 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (norma vigente durante la comisión de los hechos investigados), establecía las siguientes reglas para el otorgamiento de la Buena Pro en caso de existir empate en el puntaje total de las empresas participantes:
- a) Con preferencia a favor de las pequeñas y/o microempresas ganadoras, de conformidad con la Ley 27268; o
 - b) A favor del postor que haya obtenido el mejor puntaje económico, en el caso de bienes u obras; o el mejor puntaje técnico, tratándose de servicios; o
 - c) A prorratio entre los postores ganadores, de acuerdo con el monto de sus propuestas, siempre que aquéllos manifiesten su voluntad de cumplir la parte correspondiente del contrato; o
 - d) A través de sorteo en el mismo acto.
187. En virtud de esta norma, las empresas investigadas decidieron solicitar el prorratio en algunas licitaciones públicas, circunstancia que, en sí misma, no constituye un indicio de la realización de una conducta anticompetitiva. Si bien es cierto que una solicitud de prorratio supone la existencia de una comunicación y un acuerdo entre las empresas, también es cierto que este mecanismo estaba reconocido expresamente por el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
188. De acuerdo a lo anterior, la solicitud de prorratio no constituye en sí misma un indicio de la existencia de una conducta anticompetitiva. Sin embargo, como se

ha señalado, en el presente caso existen otros indicios debidamente acreditados que, analizados en su conjunto, permiten presumir la existencia de una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de acuerdo para repartirse geográficamente la provisión de oxígeno medicinal a EsSalud.

189. Por otro lado, las empresas investigadas han manifestado que no era necesario que existieran múltiples ofertas respecto de cada ítem para que éste fuera adjudicado, por lo que esta circunstancia no constituye un indicio de la realización de una conducta anticompetitiva. En efecto, para el otorgamiento de la Buena Pro, no era necesario que existieran múltiples ofertas respecto de cada ítem sino que bastaba con la presentación de una oferta que cumpliera con las especificaciones técnicas y económicas.
190. De acuerdo a lo anterior, no habría sido necesario que las empresas investigadas presentaran ofertas superiores al 110% del valor referencial para repartirse el mercado. Sin embargo, como se ha señalado, este comportamiento aseguraba que las empresas investigadas no obtuvieran la Buena Pro en zonas distintas a aquellas en las que tradicionalmente ganaban, lo que podría constituir un mecanismo para garantizar el cumplimiento de un reparto de mercado.
191. En consecuencia, si bien no era necesario que existieran múltiples ofertas respecto de cada ítem, la presentación de ofertas superiores al 110% del valor referencial es acorde con la existencia de un reparto geográfico de mercado.

3.3.10. El incremento de precios fue una respuesta al incremento de costos

192. Las empresas investigadas han sostenido que el incremento de precios en la Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001) respondió a un incremento en los costos de provisión del oxígeno medicinal y no constituye en sí mismo un indicio de una conducta anticompetitiva.
193. Específicamente, han señalado dos razones por las que incrementaron sus precios en la Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001): i) las nuevas condiciones contenidas en las bases, y ii) el incremento de los costos relacionados con el precio de la energía eléctrica y el petróleo.
194. Acerca de la existencia de nuevas condiciones en las bases, cabe precisar que los únicos cambios estuvieron relacionados con las características de los balones de oxígeno medicinal (pintado especial y fecha de vencimiento) y la duración del contrato, como se puede apreciar en el siguiente cuadro.

Cuadro 15
Cuadro comparativo de las condiciones contenidas en las bases de
la Licitación Pública 053-ESSALUD-99 (mayo, 2000) y la Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001)

	Licitación Pública 053-ESSALUD-99	Licitación Pública 0199L00051
Tiempo	1 año	6 meses
Lugar de Entrega	Centros Asistenciales (C.A.)	Centros Asistenciales (C.A.)
Periodicidad	Cada 15 días	Cada 15 días
Tipo de Sistema de Control*	Instalado por el proveedor después del evaporador y regulador de presión, en la línea principal de oxígeno que abastece al C.A.	Instalado por el contratista a la entrada del tanque.
Pintado Especial	No	Sí
Mantenimiento a Instalaciones de EsSalud	Sí	Sí
Fecha de Vencimiento en balones	No	Sí

* Transcripción de las bases. En ambas el proveedor es la misma persona jurídica que el contratista, por lo que no hay un cambio en el sujeto obligado.

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica

195. Sin embargo, como se ha señalado, el precio ofertado por las empresas investigadas disminuyó en los procesos de selección posteriores, a pesar de que se mantuvieron las condiciones de la Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001) e incluso se añadieron nuevas condiciones⁷⁵.
196. En consecuencia, este argumento no justifica el incremento de precios observado en la Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001). Por el contrario, la disminución de precios posterior demuestra que el referido incremento habría sido provocado por una práctica concertada.
197. En lo que se refiere al incremento de los costos relacionados con el precio de la energía eléctrica y el petróleo, cabe resaltar que estos costos se elevaron en menor proporción que los precios ofertados por las empresas investigadas.

75

Para mayor información sobre las características de las licitaciones públicas realizadas de 1999 a 2006, ver el siguiente cuadro:

Criterio	Licitación Pública 018-IPSS-98	Licitación Pública 053-ESSALUD-99	Licitación Pública 0199L00051	Licitación Pública 0199L00052	Licitación Pública 0399L00091	Licitación Pública 0599L00081
Número de Ítems	4 Ítems	4 Ítems	6 Ítems	24 Ítems	24 Ítems	21 Ítems
% de Pureza	0.995	0.995	0.995	0.99	0.99	0.99
Norma Técnica	ASME, sección VII	ASME, Sección VII	ASME, Sección VII	ASME, Sección VII	ASME, Sección VIII, División 1	ASME, Sección VIII, División 1
Número de Inspecciones Requeridas	2 veces a más	2 veces a más	2 veces a más	3 veces a más	3 veces a más	4 veces a más
Capacitación al Personal	Capacitación a personal en el manejo de los gases medicinales	Capacitación a personal en el manejo de los gases medicinales	Capacitación a personal en el manejo de los gases medicinales	Capacitación a personal en el manejo de los gases medicinales	Capacitación a personal en el manejo de los gases medicinales	Capacitación a personal en el manejo de los gases medicinales
Especificaciones sobre Cilindros	No	No	Pintado de Cilindros Fecha de Fabricación	Pintado de Cilindros Fecha de Fabricación	Pintado de Cilindros Fecha de Fabricación	Pintado de Cilindros
Experiencia	Absoluta	Absoluta	Absoluta	Relativa al ítem	Relativa al ítem	Relativa al ítem
Duración	12 meses	12 meses	6 meses	12 meses	12 meses	12 meses

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica

Como se desprende de la Resolución de Inicio⁷⁶, en el caso de la energía eléctrica, se produjo una variación acumulada en el 2000 de -0.19%, lo que en realidad significó una disminución de costos, y en el caso del petróleo, se produjo una variación acumulada equivalente a 17.2% en noviembre de 2000 y a -3.17% en diciembre de 2000.

198. Por lo tanto, considerando estos efectos contrapuestos en los precios de la energía eléctrica y el petróleo hasta noviembre de 2000, queda claro que el incremento de precios aplicado por las empresas investigadas (de 40%) fue muy superior al incremento en el costo de los insumos (como máximo, de 17.2% en noviembre de 2000).
199. Adicionalmente, cabe señalar que el incremento en el costo de los insumos no justifica que todas las empresas hayan incrementado sus precios en montos similares, especialmente, si se considera la existencia de asimetrías en sus capacidades productivas y las diferencias propias de las zonas en las que cada una ofertaba y proveía su producto.
200. En consecuencia, esta Comisión considera que, en general, un incremento de costos no justifica la existencia de un reparto geográfico de mercado y, en particular, el incremento de precios en la Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001) no respondió a un incremento en los costos de provisión del oxígeno medicinal.

3.4. EXISTENCIA DE LA CONDUCTA

201. Los resultados de la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998) determinaron que Praxair abasteciera las zonas sur y Lima, Aga la zona norte y Messer la zona centro. Dicho resultado se debió a un patrón de conducta: las empresas ganadoras ofrecieron precios cercanos al máximo permitido, 110% del valor referencial, mientras que las empresas que no ganaron ofrecieron precios superiores al 110% (autodescalificándose) o no presentaron ofertas, como el caso de Messer.
202. En la Licitación Pública 053-ESSALUD-99 (mayo, 2000), los resultados fueron exactamente los mismos que en el proceso de selección anterior: Praxair abasteció las zonas sur y Lima, Aga la zona norte y Messer la zona centro. El patrón de comportamiento continuó idéntico: las empresas ganadoras ofrecieron precios cercanos al máximo permitido, 110% del valor referencial, mientras que las empresas que no ganaron ofrecieron precios superiores al 110%, autodescalificándose nuevamente. En este proceso de selección, incluso Messer presentó ofertas superiores al máximo permitido.
203. En la Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001), se produjo otra coincidencia en el comportamiento de las empresas investigadas: Praxair, Aga y Messer se abstuvieron de presentar ofertas, logrando que el proceso de selección se

⁷⁶

Ver gráfico 8 página 24.

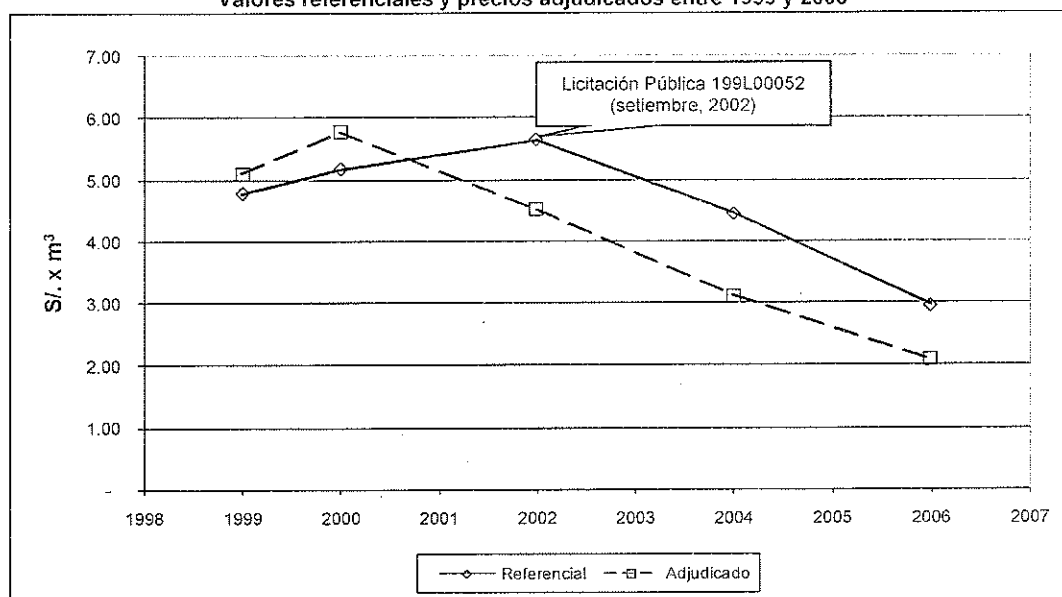
declare desierto y provocando que EsSalud opte por contratar bajo la modalidad de adjudicaciones.

204. En las Adjudicaciones de setiembre de 2001, bajo un formato distinto al de la contratación por licitación pública, los resultados fueron exactamente los mismos que en las Licitaciones Públicas 018-IPSS-98 (noviembre, 1998) y 053-ESSALUD-99 (mayo, 2000): Praxair abasteció las zonas sur y Lima, Aga la zona norte y Messer la zona centro. Además, los precios a los que se proveyó el oxígeno medicinal fueron superiores a los valores referenciales establecidos por EsSalud en la Licitación Pública 0199L00051 (julio, 2001).
205. Los resultados obtenidos en las Licitaciones Públicas 018-IPSS-98 (noviembre, 1998) y 053-ESSALUD-99 (mayo, 2000) y en las Adjudicaciones de setiembre de 2001; así como el patrón de comportamiento que determinó dichos resultados (el establecimiento de precios cercanos al máximo permitido, 110% del valor referencial, y la autodescalificación mediante la presentación de ofertas superiores al 110%) demuestran una notoria coincidencia en la actuación de las empresas investigadas.
206. A partir de la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002), se produjo un cambio importante en la organización de los procesos de selección: EsSalud dejó de contratar la adquisición de oxígeno medicinal a través de sólo cuatro grandes ítems y comenzó a contratar de forma desagregada, incrementando el número de ítems y reduciendo el volumen demandado en cada uno de ellos. Este nuevo escenario generó incentivos para el ingreso de nuevos competidores.
- Sin embargo, el resultado fue el mismo que en los procesos de selección anteriores: Praxair abasteció las zonas sur y Lima, Aga la zona norte y Messer la zona centro. Sin perjuicio de ello, en este proceso de selección sí se produjo un cambio en el comportamiento de las empresas investigadas: los precios a los que obtuvieron la Buena Pro fueron iguales o inferiores a los valores referenciales.
207. En las Adjudicaciones de octubre de 2003, los resultados fueron exactamente los mismos que en las Licitaciones Públicas 018-IPSS-98 (noviembre, 1998) y 053-ESSALUD-99 (mayo, 2000); las Adjudicaciones de setiembre de 2001; y la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002): Praxair abasteció las zonas sur y Lima, Aga la zona norte y Messer la zona centro.
208. De acuerdo a lo anterior, entre la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998) y las Adjudicaciones de octubre de 2003, se repitió un patrón de comportamiento en virtud del cual las empresas investigadas sólo obtuvieron la Buena Pro en aquellas zonas en las que tradicionalmente abastecían de oxígeno medicinal a EsSalud, a saber, Praxair en las zonas sur y Lima, Aga en la zona norte y Messer en la zona centro.
209. En cambio, en la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004), las Adjudicaciones de junio de 2005 y la Licitación Pública 0599L00081 (noviembre, 2005) es posible apreciar que Praxair, Aga y Messer presentaron ofertas competitivas y

obtuvieron la Buena Pro para la provisión de oxígeno medicinal en zonas distintas a las que tradicionalmente habían venido abasteciendo. En efecto, Praxair proveyó a entidades de la zona centro, Aga a entidades de las zonas centro y de Lima, y Messer a entidades de la zona norte. En estos procesos de selección, los precios ofrecidos por las empresas investigadas fueron, en su mayoría, cercanos al 70% del valor referencial.

210. Finalmente, cabe resaltar el impacto en los precios que tuvo el desmantelamiento del reparto de mercado acordado entre Praxair, Aga y Messer, provocado por la mayor competencia generada gracias al cambio en la organización de los procesos de selección implementado por EsSalud a partir de la Licitación Pública 0199-L00052 (setiembre, 2002).
211. En efecto, como se aprecia en el siguiente gráfico, la evolución de los precios del oxígeno medicinal en el periodo analizado, pasando de montos cercanos al 110% del valor referencial a otros cercanos al 70% de dicho valor, con una tendencia decreciente tanto en valores referenciales como en precios adjudicados, es consecuencia de este nuevo escenario.

Gráfico 2
Valores referenciales y precios adjudicados entre 1999 y 2006⁷⁷



Fuente: EsSalud
Elaboración: Secretaría Técnica

212. Esta situación demuestra que las empresas investigadas siempre estuvieron en capacidad de presentar ofertas competitivas en zonas distintas a las que abastecieron entre enero de 1999 y junio de 2004 y que la presentación de ofertas superiores al máximo permitido en dichas zonas tenía por objeto autodescalificarse, lo que podría constituir un mecanismo para garantizar el cumplimiento de un reparto de mercado.

⁷⁷

No se han considerado las adjudicaciones porque en ellas no existe valor referencial.

213. Así, el comportamiento de las empresas investigadas durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004 no es consistente con una situación de competencia efectiva pues, habiendo tenido la posibilidad de presentar ofertas competitivas en zonas distintas a las que abastecían tradicionalmente, no lo hicieron.
214. Por el contrario, la forma en que una de las empresas investigadas obtenía la Buena Pro con un precio cercano al máximo permitido (110% del valor referencial) y las otras dos no ganaban, ofreciendo precios superiores al 110% (autodescalificándose) o no presentando ofertas, es consistente con la existencia de una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de reparto geográfico de mercado. En efecto, la garantía de que no habría competencia efectiva (representada por la estrategia de autodescalificación o no presentación de ofertas) permitía a las empresas investigadas extraer el máximo excedente de EsSalud. Al respecto, cabe recordar que es propio de los esquemas de reparto geográfico de mercado que cada uno de los agentes económicos involucrados en el acuerdo actúe como si se tratara de un monopolio regional en la zona que le ha sido asignada por el cartel.
215. Todos estos indicios o coincidencias se encuentran debidamente acreditados y, analizados en su conjunto, permiten presumir la existencia de una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de reparto de mercado para la provisión de oxígeno medicinal a EsSalud, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004, de forma tal que Praxair abasteciera siempre las zonas sur y Lima, Aga la zona norte y Messer la zona centro.
216. Adicionalmente, como se puede apreciar en el punto 3.3 de la presente resolución, considerando la metodología de análisis aplicable al uso de indicios y presunciones, esta Comisión ha analizado los argumentos formulados por Praxair, Aga y Messer, descartando todos y cada uno de ellos y concluyendo que no constituyen explicaciones alternativas a la existencia de un reparto de mercado ni justifican las coincidencias presentadas en el comportamiento de las empresas investigadas durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004. Por lo tanto, considerando que la única explicación que subsiste consiste en la existencia de una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de reparto de mercado, esta Comisión ha llegado a la convicción de que Praxair, Aga y Messer incurrieron en una infracción al Decreto Legislativo 701.

IV. ASPECTOS PROCESALES

4.1. Prescripción

217. Praxair y Aga han manifestado que la Secretaría Técnica no habría cumplido con probar fehacientemente la existencia de una infracción administrativa continuada, pues no habría realizado un análisis indiciario adecuado, que genere convicción acerca de la existencia de este tipo de conducta, sobre la base de un estándar de prueba más elevado. Al respecto, Praxair ha sostenido que la Secretaría Técnica no habría acreditado que las empresas investigadas tenían la

calidad de autores de la infracción continuada, es decir, que tenían el dominio del hecho, pues esto supondría que las empresas investigadas tenían bajo su control a Essalud.

218. Por otro lado, las empresas investigadas han sostenido que cada proceso de selección convocado por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal constituye un proceso de selección independiente, motivo por el cual, el cálculo del plazo prescriptorio debió efectuarse respecto de cada uno de ellos y cualquier imputación debió considerarse en forma individual, respecto de cada proceso de selección por separado.
219. Al respecto, Praxair alegó que para analizar la existencia de una acción continuada no se debe tener en cuenta los efectos ni la voluntad subjetiva del infractor en el tiempo sino la manera en que se comete la infracción. Así, considerando que existen artículos expresos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado que establecen un inicio y un fin para cada proceso de selección, las conductas imputadas debieron ser analizadas como una acción instantánea independiente. Asimismo, Messer señaló que no podía existir una voluntad perpetua de concertación, en tanto EsSalud podía modificar en cualquier momento el diseño de sus procesos de selección y exigir el suministro de oxígeno medicinal bajo condiciones sustancialmente distintas, tal como ocurrió en la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002)⁷⁸.
220. Adicionalmente, Messer señaló que no se puede hablar de una acción continuada porque esta figura no está contemplada en el Decreto Legislativo 701 y que no es posible aplicar la figura del delito continuado prevista por el artículo 49 del Código Penal, debido a la prohibición de aplicar por analogía las normas penales a las infracciones administrativas. Asimismo, indicó que, si la Comisión pretendiese construir la figura de la "falta administrativa continuada", debería acreditar de manera fehaciente que las empresas investigadas actuaron con "dolo global" y, en consecuencia, debería demostrar la presencia de una voluntad ilícita, permanente y vigente desde enero de 1999 hasta junio de 2004.
221. Finalmente, Messer alegó que no pudo existir una voluntad común y permanente de colusión al interior de cada licitación pública convocada por EsSalud, pues los agentes económicos involucrados en el acuerdo habrían tenido que prever las condiciones futuras de los requerimientos de oxígeno medicinal de esta entidad.
222. En consecuencia, a continuación se analizará cuáles son los requisitos que debe presentar una infracción continuada, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia españolas y algunos pronunciamientos emitidos por autoridades administrativas nacionales, en virtud de lo dispuesto por el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley 27444, toda vez que las características de este tipo de infracción no han sido desarrolladas en los dispositivos de nuestro ordenamiento administrativo⁷⁹.

⁷⁸ Sobre la base de estos argumentos, Praxair señaló que las conductas realizadas antes del 29 de octubre de 2002 habían prescrito y Messer señaló que las conductas realizadas antes de 2003 se encontraban prescritas. Por su parte, Aga señaló que las conductas realizadas antes de 2000 habían prescrito.

⁷⁹ Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley 27444.
Título Preliminar
Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes



Finalmente, se analizará si la conducta de Praxair, Aga y Messer cumple con los requisitos que debe presentar este tipo de infracción.

4.1.1. Características de la infracción continuada

223. El artículo 24 del Decreto Legislativo 701 establecía que las conductas anticompetitivas prescribían a los cinco (5) años de cometida la infracción. Por su parte, el artículo 233 de la Ley 27444, aplicable supletoriamente al presente procedimiento, precisa que el cómputo del plazo de prescripción comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido o desde que cesó, si fuera una acción continuada⁸⁰.
224. Al respecto, con la finalidad de determinar los alcances del término “acción continuada”, se analizarán a continuación ciertos criterios doctrinarios y jurisprudenciales que se han ocupado de desarrollar el concepto de la “infracción continuada”, figura que supone la existencia de una conducta que se consuma de manera continua en el tiempo.
225. Acerca de las características de la infracción continuada, Gómez Padilla cita a Garberí Llobregat⁸¹ para mostrar una sistematización detallada de los elementos objetivos y subjetivos que debe reunir esta figura:

- i. **Identidad subjetiva:** Se requiere que el sujeto activo de la infracción sea el mismo que la realiza de manera sostenida en el tiempo. Asimismo, el sujeto pasivo debe ser el mismo sujeto ofendido, pues la autoridad que

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.
(...)

Sobre este artículo, en sus Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General (2da Edición), Juan Carlos 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.*

⁸⁰

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.

(...)

⁸¹

GARBERÍ LLOBREGAT, J. El Procedimiento Sancionador. Tirant Lo Blanc. 1994. Pp 447 y ss. Citado en: GOMEZ PADILLA, Remedios. Concurso de Normas y de Infracciones en el Derecho Administrativo Sancionador. En: Revista Jurídica de Castilla La Mancha. Nº 41. Pp 149 – 151.

Cabe señalar que Garberí Llobregat analiza los presupuestos generales del delito continuado en la jurisprudencia penal, para sistematizar los requisitos de la infracción continuada.

desarrolla el procedimiento deberá ser competente para investigar y sancionar cada uno de los ilícitos.

- ii. **Pluralidad fáctica:** Se requiere la realización de una sucesión de acciones u omisiones, cada una de las cuales constituye una infracción, con elementos objetivos y subjetivos que las unifican, deviniendo en una unidad jurídica.
- iii. **Proximidad espacial y temporal:** Se requiere que las diversas acciones u omisiones tipificadas como infracciones se desarrollen en un círculo espacial y temporal próximo. Las diversas conductas ilícitas deben tener su origen en la ejecución de un plan preconcebido⁸² o aprovechando idéntica ocasión⁸³.
- iv. **Dolo específico o continuado.** Se requiere la existencia de un dolo conjunto (unidad del plan preconcebido) o dolo continuado (aprovechando idéntica ocasión).
- v. **Identidad y homogeneidad de bienes jurídicos lesionados:** Se requiere que las diversas acciones u omisiones hayan infringido el mismo o semejante precepto administrativo.

226. La sistematización elaborada por Garberí Llobregat ofrece un panorama completo sobre los elementos objetivos y subjetivos que debe reunir una conducta para que pueda ser calificada como infracción continuada. Con relación al inicio del plazo prescriptorio para investigar este tipo de conductas, Gómez Padilla señala que la existencia de una pluralidad de acciones (característica de este tipo de infracciones) podría plantear problemas al determinar el momento de la consumación de la infracción. No obstante ello, para esclarecer este punto, cita a Palma del Teso quien manifiesta lo siguiente⁸⁴:

(...) la infracción continuada aparece a todos los efectos y por supuesto, también, en lo referido a la prescripción, como un todo indivisible diferente de las infracciones individuales, de tal forma que las infracciones aisladas han perdido su individualidad y no pueden prescribir. (...)

227. Finalmente, Gómez Padilla señala que el Tribunal Supremo Español ha declarado en reiteradas sentencias que la infracción continuada se comete hasta el momento en que se efectúa la última acción ilícita y, a partir de dicha fecha, se inicia el cómputo del plazo de prescripción.

⁸² Con relación al "plan preconcebido", Garberí Llobregat entiende que se trata de una trama preparada con carácter previo que se ejecuta a través de hechos parciales típicos, cuya duración está determinada por los autores.

⁸³ Con relación a la "identidad de ocasión", Garberí Llobregat entiende que la conducta ilícita se realiza a través de actos ejecutivos similares y que su ejecución tiene lugar dentro de cierta vinculación espacial y temporal que permite configurar la unidad de hecho.

⁸⁴ GOMEZ PADILLA, Remedios. Concurso de Normas y de Infracciones en el Derecho Administrativo Sancionador. En: Revista Jurídica de Castilla La Mancha. N° 41. P. 151.

228. Las opiniones de los referidos autores se reflejan en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español⁸⁵. Por ejemplo, mediante sentencia del 24 de octubre de 1998, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo Español⁸⁶ confirmó el pronunciamiento de instancia y declaró que una conducta consistente en organizar actividades de juegos de azar sin contar con las autorizaciones respectivas, en fechas próximas, calificaba como una infracción continuada, por lo cual, la conducta debía ser reprimida con una única multa y no con multas independientes. Sobre las características de estas conductas, señaló lo siguiente:

(...) obedecen a un plan preconcebido con similar forma de ejecución, que hay pluralidad de acciones y se infringe el mismo precepto, sin que tenga trascendencia al respecto la diversidad de perjudicados, por más que, en este caso, el único perjudicado relevante es el derivado del incumplimiento de la legislación del juego para el interés general, por el que ha de velar la Administración.

Son, pues, requisitos o condiciones de la infracción, para que pueda calificarse de continuada, los que ha tenido en cuenta la Sala de primera instancia, a saber: la pluralidad de acciones, que obedecen a un mismo propósito y su tipificación en idéntico precepto, que tampoco cabe confundir con la infracción continua o permanente, la cual consiste en una conducta reiterada por una voluntad duradera, en la que no se da situación concursal alguna, sino una progresión unitaria con repetición de actos.⁸⁷

229. En igual sentido, mediante sentencia del 30 de noviembre de 2004, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo Español⁸⁸, no acogió el recurso de casación interpuesto por Telefónica de España S.A. pues esta empresa señaló, entre otros alegatos, que el Consejo de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones había incurrido en un error jurídico al calificar su conducta como una infracción continuada. Sobre el particular, el Tribunal Supremo manifestó que la autoridad había apreciado debidamente la existencia de los requisitos que permitían apreciar la existencia de este tipo de infracción y procedió a listar los elementos que la caracterizan⁸⁹.

⁸⁵ Sólo se aprecia cierta divergencia con relación a la exigibilidad de la unidad o pluralidad de sujetos pasivos respecto de los cuales recae la infracción continuada.

⁸⁶ Sentencia del 24 de octubre de 1998 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de España. Recurso Nº 9092/1992.

⁸⁷ Este punto de la sentencia, al hacer referencia a la infracción continua o permanente, se refiere propiamente a las características que presenta la denominada "infracción permanente", la cual se diferencia de la infracción continuada en que esta última requiere la realización de una pluralidad de acciones mientras que la infracción permanente produce una situación antijurídica que proviene de una única conducta reiterada por una voluntad duradera.

⁸⁸ Sentencia del 30 de noviembre de 2004 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de España. Recurso Nº 6573/2001.

⁸⁹ El Tribunal Supremo Español consideró lo siguiente:

(...)
QUINTO.- *Procede desestimar el primer motivo de casación al apreciar que la Sala de instancia ha realizado una interpretación aplicativa razonable del concepto de infracción continuada establecido en el*

230. De lo expuesto anteriormente, se advierte que las acciones que constituyen una infracción continuada han sido objeto de un sólido desarrollo doctrinario y jurisprudencial en el ordenamiento administrativo español. Asimismo, estos criterios han sido invocados en algunos pronunciamientos emitidos por autoridades administrativas nacionales como la Dirección General de Seguimiento, Control y Vigilancia del Ministerio de la Producción y el Consejo Directivo del Osiptel al evaluar ciertas conductas ilícitas que se habrían consumado de manera continua en el tiempo⁹⁰.

artículo 4.6 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la Potestad sancionadora (...) al considerar que la Entidad Mercantil sancionada ha realizado una pluralidad de acciones que infringen el mismo precepto administrativo en ejercicio de un plan programático preconcebido y aprovechando idéntica ocasión, al rechazar todas las solicitudes de preasignación de operador que excedieran de las veinte diarias o que no acompañaran la copia original de la petición, con la intención de dificultar el cumplimiento de la Circular 1/1999, y de incumplir el contenido de la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de 28 de diciembre de 1999, que impone expresamente la obligación a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. de tramitar las solicitudes de preasignación de operador presentadas por BT TELECOMUNICACIONES y RSL COMMUNICATIONS sin referencia alguna a la posibilidad de imponer cupos a la tramitación diaria o de exigir los documentos originales que formalizaban las peticiones.

Para apreciar la infracción continuada en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, que constituye una transposición de los contornos jurídicos de esta institución referidos en el artículo 74 del Código Penal, se exige que concurren con carácter general los siguientes requisitos:

- a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.
- b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente; y
- c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza.
(...)

90

Sobre el particular, la Dirección General de Seguimiento, Control y Vigilancia del Ministerio de la Producción, mediante Resolución Directoral Nº 246-2010-PRODUCE/DIGSECOVI del 14 de enero de 2010, emitió un pronunciamiento invocado la aplicación de la figura de la infracción continuada para sancionar a los investigados:

(...)

Que, en el presente caso, se tiene que estamos frente a 4 hechos (4 descargas de fechas 08, 10, 13 y 17 de enero de 2006), en donde se puede visualizar que los administrados a través de su entonces embarcación pesquera "SEBASTIAN", extrajeron el recurso hidrobiológico anchoveta excediendo entre el 3% y el 15% la capacidad de bodega autorizada para dicha nave, sustentándose los mismos a través de los medios probatorios que figuran en el presente procedimiento administrativo sancionador;

Que, a propósito de lo expresado anteriormente, se debe acotar que se constata la figura de la infracción continuada, pudiendo definirse como la realización de acciones u omisiones que infrinjan el mismo, o semejantes preceptos administrativos, implicando además una pluralidad de comportamientos infractores o de actos de ejecución de una sola infracción, reunidos por un elemento común. Los presupuestos que se deben dar en forma conjunta para que se pueda configurar una infracción continuada en sede administrativa son:

- a) Identidad subjetiva activa: Para que opere el principio materia de análisis es necesario que exista identidad en el sujeto responsable del conjunto de acciones que constituyen infracciones administrativas. Vale decir, es necesaria la coincidencia del administrado presuntamente infractor.
- b) Identidad subjetiva pasiva: Es necesario que exista identidad respecto a la entidad que es afectada con la conducta cuyo desarrollo constituye una infracción administrativa. En este sentido es necesario que los distintos actos que constituyen la conducta infractora afecten a la misma entidad administrativa.
- c) Pluralidad fáctica: La pluralidad fáctica significa que para la aplicación del citado principio es necesario que se den varios hechos o conductas que sean capaces de constituir por sí solas, cada una de ellas una

231. Ahora bien, la jurisprudencia y la doctrina analizada permiten apreciar que las características de la infracción continuada guardan estrecha relación con los requisitos exigidos para la configuración del delito continuado. En tal sentido, a continuación se realizará un breve repaso de los principales elementos que caracterizan a la figura del delito continuado, con el objetivo de comprender con mayor claridad el alcance de los requisitos de la infracción continuada.
232. En tal sentido, a la luz de lo dispuesto por el artículo 49 del Código Penal⁹¹, los elementos que configuran el delito continuado son los siguientes:
- Unidad de sujeto activo:** Se requiere uniformidad del sujeto que ejecuta la conducta típica. Ello no significa que el actor deba ser una sola persona, pues la conducta continuada puede ser ejecutada por varias personas, pero el nexo de continuidad sólo podrá afectar a quienes intervienen en todos los actos. Asimismo, se exige que la conducta sólo recaiga sobre el mismo titular del bien jurídico, lo cual no descarta que se pueda tratar de diversos sujetos pasivos de la acción o de distintos perjudicados⁹².

infracción administrativa sancionable. No obstante, la pluralidad de hechos sancionables, por conexiones subjetivas y objetivas, derivan en una unidad jurídica: una sola voluntad.

d) Proximidad Temporal: La concurrencia de éste presupuesto resulta esencial para la aplicación del principio estudiado; toda vez que, las diversas acciones tipificadas como infracciones administrativas deben producirse de forma sucesiva o intermitente en el tiempo, respondiendo a una sola unidad de finalidad.

e) Identidad de los preceptos administrativos lesionados: Es necesario que el conjunto de acciones que constituyen la infracción administrativa infrinjan los mismos preceptos administrativos.

Que, finalmente se debe indicar que ésta figura se orienta a evitar que se inicien distintos expedientes administrativos, incluso diarios, por una infracción única como es la propia de la infracción continuada: (...)

Por su parte el Consejo Directivo del Osipitel, mediante Resolución 021-2010-CD/OSIPTEL del 19 de marzo de 2010, confirmó la Resolución N° 1 emitida por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU) el 12 de enero de 2010, que evaluó la posible comisión de una infracción continuada por parte de Telefónica del Perú S.A.A. en base a las siguientes consideraciones:

(...) corresponde determinar si la conducta de LA EMPRESA OPERADORA puede ser calificada como una infracción continuada. Sobre el particular, Ángeles de Palma del Teso, señala: La infracción continuada – como el delito continuado– es una construcción que tiene por objeto evitar reconocer que concurren varios hechos típicos constitutivos de otras tantas infracciones cuando existe unidad objetiva (la lesión de un mismo bien jurídico aunque hubiera sido producida por distintas acciones) y/o subjetiva (un mismo hecho típico pero distintos sujetos pasivos) que permiten ver a distintos actos, por solo ilícitos, como parte de un proceso continuado unitario

(...) sin embargo, los actos constitutivos de conducta infractora no han afectado a los mismos usuarios a los cuales se les suspendió el servicio telefónico aún teniendo procedimiento de reclamo en trámite, no evidenciándose, por tanto, una misma voluntad infractora. (...)

91

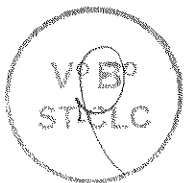
Código Penal**Artículo 49.- Delito continuado**

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.

La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos.

92

VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. El Delito Continuado en el Código Penal Peruano. En: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_16.pdf



- ii. **Pluralidad de acciones:** Se requiere la existencia de diversos actos ejecutivos⁹³. Las acciones homogéneas deben ser determinadas y deben estar vinculadas por una misma resolución criminal, por lo cual, se entienden como una unidad de acción en sentido jurídico.
 - iii. **Pluralidad de violaciones de la misma ley u otra de naturaleza similar:** Se requiere una pluralidad de actos ejecutivos que vulneren la misma ley u otra de similar naturaleza, lo cual supone que se ha de tratar de acciones sustancialmente homogéneas, a pesar de las particularidades que las pueden caracterizar individualmente⁹⁴.
 - iv. **Realización de acciones en diversos momentos:** Se requiere la realización de los actos ejecutivos en el momento de la acción o en diversos momentos. Con ello se alude a dos contextos temporales, pero se presupone una discontinuidad en la realización de los actos ejecutivos. En tal sentido, con la expresión "en el momento de la acción" se hace referencia a una serie de actos ejecutivos que se consuman en un estrecho contexto temporal, en el cual se desarrolla el delito continuado⁹⁵. Por su parte, la expresión "momentos diversos" indica que el delito continuado también se puede llevar a cabo mediante la comisión de diversos actos ejecutivos entre los cuales existe un contexto temporal amplio.
 - v. **Identidad de resolución criminal:** Se requiere que las diversas acciones ejecutivas que constituyen un solo delito continuado respondan a una misma resolución criminal. Este requisito hace referencia a la existencia de una determinación inicial en virtud de la cual el agente se propone la ejecución de los diversos actos que constituyen el delito continuado. Indicio de esto es la homogeneidad de las acciones llevadas a cabo y que infringen la misma ley penal o una de semejante naturaleza.
233. Como se puede apreciar, los requisitos exigidos para la verificación de un delito continuado⁹⁶ tienen un correlato sustancial con aquellos exigidos para la

⁹³ HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal. Grijley. Lima 2000, P. 947.

⁹⁴ Ídem, P. 949.

⁹⁵ Como ejemplo, Hurtado Pozo señala el caso del ladrón que, aprovechando la misma oportunidad, se apodera de las cosas muebles ajenas mediante varias sustracciones, exigidas por las circunstancias accidentales (el número o el peso de los bienes). Ídem. P. 951.

⁹⁶ Con la finalidad de apreciar la aplicación de esta figura en un caso judicial en materia penal, se puede hacer referencia a un caso resuelto por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia Español, mediante sentencia del 17 de octubre de 2006, con motivo del recurso N° 10/2006. En este caso, se sancionó con la mayor pena prevista a una persona que, en lapso de cuatro (4) años, sustrajo reiteradamente determinadas cantidades de dinero a través del libramiento de cheques falsos, conducta que la autoridad calificó como delito continuado por las siguientes consideraciones:

Se ha de tener en cuenta, sin embargo, que en la relación de hechos que se declaran probados por el Jurado, se aprecia claramente la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 74 del Código Penal e interpretación jurisprudencial del mismo para la existencia del delito continuado (Pluralidad de acciones realizadas por un mismo sujeto agente; que ofendan a uno o varios sujetos; que infrinjan a un mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza; que la pluralidad de acciones se de en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión; que no haya un distanciamiento espacial o geográfico grande que rompa el vínculo que pudiera unir las acciones distintas- sentencia del

configuración de una infracción continuada, lo cual se explica en virtud de que ambos ordenamientos son manifestaciones de un único poder punitivo estatal.

234. Asimismo, también se advierte que la doctrina y jurisprudencia administrativa coinciden sustancialmente sobre los requisitos que debe presentar una infracción continuada, con excepción de algunos matices que dependen de la posición adoptada y del caso concreto analizado⁹⁷.
235. En tal sentido, habiendo determinado cuáles son los requisitos que debe presentar una infracción continuada, se analizará a continuación si la conducta de Praxair, Aga y Messer, en el marco de los procesos de selección convocados por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal en el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004, califica como una infracción continuada.

4.1.2. Análisis de la conducta de las empresas investigadas

236. A continuación, se analizará el cumplimiento de cada uno de los elementos necesarios para determinar si las empresas investigadas han incurrido en una infracción continuada. Así, en el marco de los procesos de selección convocados por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal en el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004, se apreció lo siguiente:

- i. **Unidad de sujeto activo:** Praxair, Aga y Messer se repartieron el mercado de oxígeno medicinal con motivo de una serie de procesos de selección convocados por EsSalud en el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004. Es decir, se trata de los mismos sujetos activos que en conjunto realizaron la infracción identificada⁹⁸.
- ii. **Pluralidad de acciones:** Se aprecia que, con motivo de la convocatoria a cada proceso de selección para la adquisición de oxígeno medicinal, Praxair, Aga y Messer ejecutaron el acto de repartirse el mercado de suministro de este producto a EsSalud. Es decir, se aprecia que las

T.S. de 14 de julio de 1999, 2 de noviembre y 26 de diciembre de 2000, 22 de octubre de 2002 y 21 de abril de 2004, entre otras).

Y así, se hace constar en dicha declaración de hechos probados, que la acusada aprovechó la situación de haber sido nombrada por el Ayuntamiento de Alcorcón cajera habilitada, con facultad exclusiva para manejar los fondos de un anticipo concedido a la Concejalía de Servicios Generales, depositados en una cuenta corriente de Caja Madrid, para sustraer desde su nombramiento con fecha 16 de noviembre de 1993, hasta su cese provisional el 10 de octubre de 1997, constantes cantidades de dinero, mediante el libramiento de talones nominativos por un importe total de 4.8922.344 pesetas. (...)

⁹⁷

Por ejemplo, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia administrativa citada, se aprecia una distinción con relación a las características que debe reunir el sujeto pasivo de la infracción continuada. Para Garberí Llobregat debe ser un único sujeto pasivo, mientras que de acuerdo a los pronunciamientos del Tribunal Supremo Español cabe la posibilidad de que exista una pluralidad de sujetos pasivos de la infracción continuada. Este criterio también ha sido adoptado por nuestro ordenamiento penal, al contemplar la posibilidad de que exista una pluralidad de sujetos pasivos del delito continuado, siempre y cuando no se trate de bienes jurídicos de naturaleza personal pertenecientes a sujetos distintos.

⁹⁸

En el presente caso, el bien jurídico "libre competencia" es un bien de titularidad difusa, que le corresponde a todas las personas que potencialmente pueden participar en el mercado; ya sea como ofertantes o demandantes de bienes o servicios. En ese sentido, el sujeto pasivo de las infracciones a las normas de libre competencia serán todas las personas que pueden participar en el mercado y cuyos intereses están protegidos por la autoridad competente.

23



empresas investigadas realizaron una pluralidad de actos ejecutivos homogéneos con motivo de cada proceso convocado por EsSalud.

- iii. **Pluralidad de violaciones de la misma ley u otra de naturaleza similar:** Esta pluralidad de actos ejecutivos llevados a cabo por Praxair, Aga y Messer con motivo de cada proceso de selección, representó infracciones individuales a las normas de libre competencia. En efecto, cada reparto de mercado en cada proceso de selección puede ser visto, individualmente, como una infracción a lo dispuesto por el Decreto Legislativo 701.
- iv. **Proximidad temporal y espacial:** Con relación a este punto, las empresas investigadas alegaron que cada proceso de selección es independiente, motivo por el cual, el cálculo del plazo prescriptorio debió efectuarse respecto de cada una de ellos y cualquier imputación debió considerarse en forma individual, respecto de cada proceso por separado.

Sobre el particular, Praxair precisó que, para analizar la existencia de una acción continuada, se debe tener en cuenta la manera en que se comete la infracción. Así, considerando que existen artículos expresos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado que establecen un inicio y un fin para cada proceso de selección, las conductas imputadas debieron ser analizadas como una acción instantánea independiente. Asimismo, Messer señaló que no podía existir una voluntad perpetua de concertación, en tanto EsSalud podía modificar en cualquier momento el diseño de sus procesos de selección y exigir el suministro de oxígeno medicinal bajo condiciones sustancialmente distintas, tal como ocurrió en el marco de la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002).

Al respecto, cabe señalar que los actos ejecutivos llevados a cabo por Praxair, Aga y Messer permiten apreciar una conexidad temporal y espacial, pues el reparto geográfico de mercado se produjo de manera sostenida en el tiempo, entre enero de 1999 y junio de 2004, con ocasión de una serie de procesos de selección para la adquisición de oxígeno medicinal realizados por EsSalud en todo el territorio nacional. En efecto, ha quedado acreditado que las empresas investigadas desarrollaron actos ejecutivos homogéneos al interior de los procesos de selección. La regularidad con la que se aprecia esta conducta homogénea y la asignación estratégica de zonas geográficas de suministro de oxígeno medicinal permiten apreciar la existencia de conexidad entre la pluralidad de acciones. Finalmente, el hecho de que cada proceso de selección tenga formalmente un inicio y un fin no desvirtúa la posibilidad de que se pueda desarrollar un plan sostenido en el tiempo para restringir la competencia con motivo de cada proceso de selección, tal como se analizará a continuación.

- v. **Identidad de resolución criminal:** Con relación a este punto, Praxair ha sostenido que la Secretaría Técnica no habría acreditado que las empresas investigadas tenían la calidad de autores de la infracción continuada, es decir, que tenían el dominio del hecho, pues esto supondría que las empresas investigadas tenían bajo su control a EsSalud. Por otro

lado, Messer señaló que debía demostrarse que las empresas investigadas actuaron con dolo global desde 1999 hasta 2004. Asimismo, alegó que no podía existir una voluntad común y permanente de colusión pues los agentes económicos involucrados en el acuerdo habrían tenido que prever las condiciones futuras de los requerimientos de oxígeno medicinal de EsSalud.

Al respecto, cabe señalar que el comportamiento de Praxair, Aga y Messer al interior de cada uno de los procesos de selección convocados por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal, entre enero de 1999 a junio de 2004, no sólo revela un proceder homogéneo sino que evidencia la realización de hechos parciales típicos que constituyen fases de la realización de una misma empresa ilícita.

En efecto, el patrón de comportamiento identificado a lo largo de los procesos de selección demuestra la existencia de una determinación inicial, mediante la cual Praxair, Aga y Messer acordaron un reparto geográfico de mercado en las adquisiciones de oxígeno medicinal de EsSalud. Posteriormente, las empresas investigadas ejecutaron dicho acuerdo de forma sostenida en el tiempo, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004, mediante la coordinación al interior de cada proceso de selección convocado por EsSalud, obteniendo beneficios extraordinarios como consecuencia de su empresa ilícita.

Asimismo, cada una de las empresas investigadas contaba con la información suficiente como para poder controlar y supervisar la ejecución de su plan ilícito. En efecto, tenían la certeza de que EsSalud convocaba procesos de selección para el suministro de oxígeno medicinal con una periodicidad anual y a nivel nacional. Asimismo, contaron con un tiempo razonable para analizar con detalle las características de los procesos de selección que se llevarían a cabo, pues las bases se publicaban con la debida anticipación, lo que les permitió coordinar su conducta al interior de cada proceso de selección y afectar de esta manera el proceso competitivo durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004.

237. En tal sentido, de acuerdo a los argumentos expuestos, esta Comisión considera que la conducta realizada por Praxair, Aga y Messer cumple con los requisitos de unidad de sujeto activo, pluralidad de acciones, pluralidad de violaciones de la misma ley, proximidad temporal y espacial e identidad de resolución criminal, por lo que califica como una infracción continuada.

4.2. Nulidad

238. Messer ha manifestado que la Resolución de Inicio adolece de un vicio de nulidad, en la medida en que la Comisión evaluó hechos ocurridos fuera del periodo de investigación, lo que constituiría un defecto en la motivación y una violación al principio de razonabilidad.

239. Al respecto, cabe precisar que el análisis de hechos ocurridos fuera del periodo de investigación no constituye un vicio de nulidad, toda vez que sirve para un mejor conocimiento y comprensión del funcionamiento del mercado en el que se habría llevado a cabo la presunta infracción.
240. En efecto, el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444⁹⁹ establece que la autoridad administrativa tiene la obligación de analizar los hechos que servirán de motivo a sus decisiones, orientando su actuación hacia la búsqueda de la verdad material. En tal sentido, la Comisión no sólo debía evaluar los hechos ocurridos durante el periodo en el que se imputó la comisión de la infracción sino también aquellos ocurridos antes y después de dicho periodo, en la medida en que podían ayudar a distinguir si las conductas investigadas formaban parte de una práctica competitiva habitual o si, por el contrario, constituyeron una práctica restrictiva de la competencia.
241. Por otro lado, Messer ha solicitado que se le absuelva de los cargos imputados considerando que el procedimiento se ha excedido del plazo establecido por el Decreto Legislativo 1034 para su conclusión. Asimismo, Messer ha señalado que el plazo transcurrido desde el inicio del procedimiento, sin que la Comisión haya podido acreditar su responsabilidad, no resulta razonable.
242. Al respecto, el Tribunal Constitucional¹⁰⁰ ha establecido que la determinación de un plazo razonable debe tener en cuenta, entre otros aspectos, la complejidad del asunto analizado. Sobre el particular, cabe recordar que el presente procedimiento tiene por objeto determinar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia que se habría producido a nivel nacional, durante un periodo de casi seis años, circunstancias que naturalmente hacen más compleja la labor de investigación de la autoridad administrativa.
243. Por lo tanto, esta Comisión considera que, pese a lo argumentado por Messer, la Resolución de Inicio no contiene ningún vicio que pueda determinar su nulidad.

V. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

244. Habiendo quedado demostrada 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

99

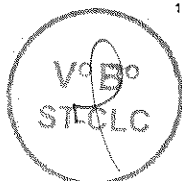
Ley 27444**Título Preliminar****Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo****(...)**

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

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

100

Sentencia del Tribunal Constitucional 5228-2006-PHC/TC del 15 de febrero de 2007. Fundamento 13.



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 una sanción adecuada para cada una de las empresas infractoras.

245. Uno de los principios que rige el procedimiento administrativo es el principio de razonabilidad, según el cual, las decisiones de la autoridad administrativa que creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido¹⁰¹.
246. Las sanciones de tipo administrativo tienen como principal objetivo disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. Ello implica que la magnitud de dichas sanciones debe ser igual o superior al beneficio esperado de realizar las infracciones. El objetivo es garantizar que las sanciones administrativas tengan realmente un efecto disuasivo, no sólo sobre las empresas infractoras sino sobre el resto de agentes económicos del mercado. Sin perjuicio de ello, la autoridad de competencia tiene la posibilidad de graduar la sanción, incrementándola o disminuyéndola, en función de los respectivos criterios agravantes o atenuantes que resulten aplicables en cada caso concreto.
247. En efecto, el Decreto Legislativo 701 señala en su artículo 23¹⁰² los criterios que la Comisión debe considerar para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, a saber:

101

Ley 27444**Título Preliminar****Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo**

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

102

Decreto Legislativo 701

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.

- i. La modalidad y el 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 de la competencia.
- vi. La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

248. En el presente caso, la infracción identificada es una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de reparto de mercado. Esta modalidad de infracción es considerada una de las conductas anticompetitivas más nocivas por su impacto en el bienestar de la sociedad. El reparto de mercado implica la eliminación de la competencia entre un grupo de agentes económicos a través de una coordinación de voluntades destinada a que cada participante de la conducta ilícita opere como un monopolio en su respectiva zona. Normalmente, esta situación conducirá a la existencia de precios superiores a los que deberían haber existido en condiciones de competencia y a la eliminación de opciones para los clientes o consumidores.

249. Adicionalmente, cabe recordar que el reparto de mercado identificado en el presente procedimiento fue realizado respecto de un producto directamente relacionado con la vida y la salud. En efecto, el oxígeno medicinal demandado por EsSalud es un insumo esencial para la prestación de sus servicios de salud.

Como se ha señalado, el oxígeno medicinal es el insumo que se utiliza en toda terapia de inhalación de oxígeno. Este tratamiento está dirigido principalmente a pacientes con insuficiencia respiratoria que presentan niveles bajos de saturación en tejidos, síntoma que, en casos de emergencia, suele preceder a la muerte cerebral y a posibles ataques cardíacos. También es administrado a pacientes que, como consecuencia de algún trauma, hayan perdido cantidades considerables de sangre o presenten alguna lesión ósea. Debido a que estas situaciones, en la mayoría de los casos, ponen en riesgo la vida y la salud, la provisión de oxígeno resulta imprescindible para el paciente.

250. Por otro lado, el carácter continuado de la conducta de las empresas infractoras a lo largo de los diversos procesos de selección realizados entre 1999 y 2004 y su alcance nacional suponen la existencia de graves perjuicios para EsSalud e, indirectamente, para el bienestar de la sociedad.

251. Por lo tanto, 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, esta

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.

Comisión considera que corresponde calificarla como muy grave e imponer la multa correspondiente.

252. Como se ha señalado, para que una multa cumpla con su función disuasiva, debe ser igual o superior al beneficio esperado de realizar la infracción.
253. El beneficio esperado por la realización de una conducta anticompetitiva se calcula considerando el beneficio extraordinario, real o potencialmente derivado de la infracción, y la probabilidad de detección de dicha infracción.
254. El beneficio extraordinario consiste en el beneficio que el infractor obtuvo o pudo haber obtenido por la realización de la infracción y que, en consecuencia, motivó su decisión. En ese sentido, desincentivar la realización de una conducta anticompetitiva implica que el infractor y los demás agentes económicos del mercado internalicen que todo el beneficio extraordinario derivado de una infracción les será extraído cuando la autoridad de competencia detecte la existencia de dicha infracción.
255. La probabilidad de detección consiste en la probabilidad de que la autoridad de competencia detecte la realización de la conducta anticompetitiva. Este elemento es importante debido a que el infractor podría considerar que, aún cuando podría perder el beneficio extraordinario como consecuencia de la imposición de una sanción, le conviene realizar la infracción si no existe mayor riesgo de ser detectado.
256. Por lo tanto, para desincentivar una infracción que difícilmente será detectada, es necesario imponer una multa superior al beneficio extraordinario, con la finalidad de que los infractores reciban el mensaje de que, si bien puede ser difícil que la autoridad de competencia detecte su infracción, cuando ello ocurra, la sanción correspondiente será incrementada en una proporción equivalente a esta dificultad de detección.
257. Así, la sanción se calcula sobre la base del beneficio esperado por el infractor (beneficio extraordinario / probabilidad de detección), de modo que cumpla con su función de disuadir la infracción.
258. Al respecto, Messer ha señalado que el cálculo de la multa debería realizarse sobre la utilidad neta, luego de descontar el impuesto general a las ventas, el impuesto a la renta y el reparto de utilidades. Sin embargo, esta Comisión considera que dichos descuentos no resultan aplicables en el presente caso pues, como se ha señalado, el cálculo de la multa debe realizarse en función al beneficio esperado y no a la utilidad neta.
259. De acuerdo a lo anterior, a mayor beneficio extraordinario, mayor será el beneficio esperado y, por lo tanto, mayor deberá ser la multa. Por otro lado, a menor probabilidad de detección, mayor será el beneficio esperado y, en consecuencia, mayor deberá ser la multa. En ese sentido, el cálculo de la multa se realizará aplicando la siguiente fórmula¹⁰³:

103

Formalmente se llega a ese resultado de la siguiente manera:

Cuadro 16
Fórmula para el cálculo de la multa

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} = Beneficio Esperado \leq Multa$$

260. En primer lugar, se determinará el Beneficio Extraordinario, concepto que incluye toda clase de beneficio anticompetitivo real o potencialmente obtenido por las empresas infractoras como consecuencia de la realización de la infracción. Luego, se obtendrá el Beneficio Esperado dividiendo el Beneficio Extraordinario entre la Probabilidad de Detección de la conducta anticompetitiva.
261. Para el presente caso, el Beneficio Extraordinario obtenido por Praxair, Aga y Messer durante el periodo de la infracción es equivalente a la diferencia entre el precio adjudicado en cada proceso de selección (precio de concertación) y el precio que debería haber existido en condiciones de competencia (precio competitivo).
262. Específicamente, el Beneficio Extraordinario por la realización de la infracción se deriva de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$B^{i}_{Extraordinario} = Q^{i}_{Concertación} * (P^{i}_{Concertación} - P^{i}_{Competitivo})$$

263. De la ecuación anterior, se debe precisar que el símbolo i es un símbolo diferenciador por empresa, por lo que existirán Beneficios Extraordinarios, Beneficios Esperados y Multas distintas por empresa. Sin perjuicio de ello, considerando que se trata de un caso sobre prácticas restrictivas de la competencia, cabe precisar que la probabilidad de detección será común a todas las empresas infractoras.
264. Por otro lado, $Q^{i}_{Concertación}$ es la cantidad de oxígeno medicinal adjudicado a cada empresa investigada en los procesos de selección durante el periodo de la infracción, $P^{i}_{Concertación}$ representa el precio adjudicado en cada proceso de selección durante el referido periodo (precio de concertación) y $P^{i}_{Competitivo}$

$$BE^{NL} = (B^{NL} - Multa)(P_{det}) + (B^{NL})(1 - P_{det})$$

$$BE^{NL} = B^{NL} \cdot P_{det} - Multa \cdot P_{det} + B^{NL} - B^{NL} \cdot P_{det}$$

$$BE^{NL} = B^{NL} - Multa \cdot P_{det} \leq B^L$$

$$(B^{NL} - B^L) - Multa \cdot P_{det} \leq 0$$

$$B_{Ext} \leq Multa \cdot P_{det}$$

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} \leq Multa$$

Donde:

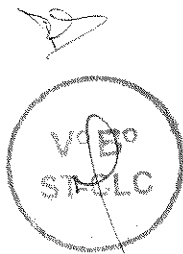
BE^{NL} = Beneficio esperado de no cumplir la ley

B^{NL} = Beneficio de no cumplir la ley

B^L = Beneficio de cumplir la ley

P_{det} = Probabilidad de detección

B_{Ext} = Beneficio extraordinario



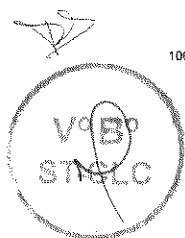
representa el precio que debería haber existido en condiciones de competencia (precio competitivo).

265. El precio competitivo puede ser aproximado, para la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002) y las Adjudicaciones de octubre de 2003, por el precio adjudicado en la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004) (primer proceso de selección posterior al periodo de la infracción).
266. Sin embargo, considerando que, entre la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998) y las Adjudicaciones de setiembre de 2001, las características del mercado eran distintas como consecuencia de la forma en que EsSalud organizaba su demanda, no es posible utilizar el mismo referente como precio competitivo. En tal sentido, a falta de un mejor indicador del precio competitivo para este periodo, se utilizará como referente el 50% o 70% del valor referencial de cada proceso de selección, según corresponda¹⁰⁴.
267. En tal sentido, el cálculo de las sanciones correspondientes a las empresas infractoras se realizará respecto de dos escenarios:
- Primer Escenario: procesos de selección comprendidos entre la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998) y las Adjudicaciones de setiembre de 2001. Para este escenario, el Beneficio Extraordinario de las empresas infractoras será equivalente a la diferencia entre el precio adjudicado (precio de concertación) y el 50% o 70% del valor referencial de cada proceso de selección, según corresponda¹⁰⁵ (precio competitivo).
 - Segundo Escenario: procesos de selección que comprenden la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002) y las Adjudicaciones de octubre de 2003. Para este escenario, el Beneficio Extraordinario de las empresas infractoras será equivalente a la diferencia entre el precio adjudicado en cada proceso de selección (precio de concertación) y el precio adjudicado en la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004) (precio competitivo).
268. Cabe precisar que los precios de concertación son el resultado de una ponderación que toma en cuenta los volúmenes adjudicados por cada empresa y la naturaleza del producto (líquido o gaseoso). Asimismo, las cantidades de oxígeno medicinal provistas por cada una de las empresas infractoras corresponden a la sumatoria de los volúmenes adjudicados a cada una de ellas en los procesos de selección correspondientes.
269. A continuación, se presentan todos los elementos necesarios para la determinación del Beneficio Extraordinario en el Primer Escenario¹⁰⁶:

¹⁰⁴ Cabe señalar que las bases de las Licitaciones Públicas 018-IPSS-98 (noviembre, 1998) y 053-ESSALUD-99 (mayo, 2000) establecieron que las propuestas económicas inferiores al 50% del valor referencial serían consideradas como no presentadas y las bases de la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002) establecieron que las propuestas económicas inferiores al 70% del valor referencial serían consideradas como no presentadas.

¹⁰⁵ Cabe precisar que, en el caso de las Adjudicaciones de setiembre de 2001, se ha considerado como precio competitivo el 70% de lo realmente adjudicado.

¹⁰⁶ Para mayor detalle sobre la obtención de diferenciales, ver el siguiente cuadro:



Cuadro 17
Cálculo del Beneficio Extraordinario – Primer Escenario

		Licitación Pública 018-IPSS-98	Licitación Pública 053-ESSALUD-99	Adjudicaciones Setiembre 2001	Beneficio Extraordinario (S/.)
Praxair	Δp	2.81	2.72	2.25	13,226,956.61
	Q	2,030,580.56	2,038,274.00	875,696.44	
Aga	Δp	3.12	2.79	2.92	1,918,719.91
	Q	245,965.00	214,137.88	189,664.00	
Messer	Δp	4.40	6.09	3.70	1,239,556.69
	Q	99,746.00	84,884.00	76,545.00	

Δp : Diferencia entre el precio promedio ponderado concertado y el precio promedio ponderado competitivo (en S/.).

Q: Cantidad de oxígeno medicinal provista a EsSalud (en m³).

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica

270. En el cuadro anterior se recogen los diferenciales de precio, las cantidades de oxígeno medicinal provistas por cada una de las empresas infractoras y los beneficios extraordinarios obtenidos por ellas. Como puede apreciarse, Praxair es la empresa con mayor cantidad de m³ de oxígeno medicinal adjudicado en los procesos de selección y también la que mayor Beneficio Extraordinario ha obtenido durante el presente escenario, seguida de Aga y Messer, en ese orden.
271. Por otro lado, como se señaló anteriormente, para el Segundo Escenario se considerará como precio competitivo el precio adjudicado en la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004) (primer proceso de selección posterior al periodo de la infracción).
272. En efecto, esta Comisión considera que el precio adjudicado en el referido proceso de selección constituye una adecuada aproximación del precio competitivo para el Segundo Escenario, considerando las similitudes que existen entre las condiciones de oferta y demanda presentes durante dicho escenario y el primer proceso de selección posterior al periodo de la infracción (Licitación Pública 0399L00091).
273. En lo que se refiere a las inversiones realizadas por las infractoras, se observa que, entre el Segundo Escenario y la Licitación Pública 0399L00091 (abril,

Precios de concertación y precio competitivo (50% o 70% del valor referencial, según corresponda)
(En S/. x m³)

		Licitación Pública 018-IPSS-98	Licitación Pública 053-ESSALUD-99	Adjudicaciones Setiembre 2001
Praxair	Precio de concertación	4.86	5.92	7.51
	Precio competitivo	2.05	3.20	5.26
Aga	Precio de concertación	5.82	7.20	9.73
	Precio competitivo	2.70	4.42	6.81
Messer	Precio de concertación	8.40	11.17	12.33
	Precio competitivo	4.00	5.08	8.63

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica

2004), no se produjeron cambios significativos que supongan una alteración en las condiciones de oferta¹⁰⁷.

274. Acerca de la cantidad de oxígeno medicinal demandada por EsSalud¹⁰⁸, se observa que, en promedio, durante el Segundo Escenario la cantidad demandada resultó aproximadamente 12% menor que la cantidad demandada en la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004)¹⁰⁹. De acuerdo a lo anterior, el precio adjudicado en la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004) constituye una adecuada aproximación del precio competitivo para el Segundo Escenario.

275. A continuación, se presentan todos los elementos necesarios para la determinación del Beneficio Extraordinario en el Segundo Escenario¹¹⁰:

Cuadro 18
Cálculo del Beneficio Extraordinario – Segundo Escenario

		Licitación Pública 0199L00052	Adjudicaciones Octubre 2003	Beneficio Extraordinario (S/.)
Praxair	Δp	1.02	3.95	6,276,496.46
	Q	898,917.00	1,354,958.68	
Aga	Δp	4.41	5.04	2,423,292.96
	Q	390,269.00	139,190.00	
Messer	Δp	6.44	6.59	323,700.50
	Q	46,609.00	3,566.00	

ΔP : Diferencia entre el precio promedio ponderado concertado y el precio promedio ponderado competitivo (en S/.).

Q: Cantidad de oxígeno medicinal provista a EsSalud (en m³).

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica

276. En el cuadro anterior se recogen los diferenciales de precio, las cantidades de oxígeno medicinal provistas por cada una de las empresas infractoras y los

¹⁰⁷ De acuerdo a la información presentada por las empresas investigadas acerca de las inversiones en planta (pregunta 1.5) y en sistemas de distribución (pregunta 1.6), en respuesta al requerimiento realizado mediante Cartas 147-2008/CLC, 148-2008/CLC y 149-2008/CLC del 26, 25 y 24 de junio de 2008.

¹⁰⁸ Ver Cuadro 2 de la presente resolución.

¹⁰⁹ Si bien existe una variación en los niveles de demanda bajo comparación, la utilización del precio adjudicado en la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004) como precio competitivo para el Segundo Escenario no resulta perjudicial para los administrados, toda vez que, lejos de sobreestimar el beneficio obtenido por la infracción podría estar subestimándolo. En efecto, si la demanda en el referido proceso de selección resulta superior al promedio del Segundo Escenario, es posible suponer que los precios relacionados a aquella son también superiores respecto de los precios competitivos que corresponderían a procesos anteriores.

¹¹⁰ Para mayor detalle sobre la obtención de diferenciales, ver el siguiente cuadro:

Precios de concertación por proceso de selección y precio competitivo
(En S/. x m³)

		Licitación Pública 0199L00052	Adjudicaciones Octubre 2003
Praxair	Precio de concertación	4.10	7.03
	Precio competitivo	3.07	3.07
Aga	Precio de concertación	7.58	8.21
	Precio competitivo	3.17	3.17
Messer	Precio de concertación	10.12	10.27
	Precio competitivo	3.68	3.68

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica

beneficios extraordinarios obtenidos por ellas. Como puede apreciarse, Praxair es la empresa con mayor cantidad de m³ de oxígeno medicinal adjudicado en los procesos de selección y también la que mayor Beneficio Extraordinario ha obtenido durante el presente escenario, seguida de Aga y Messer, en ese orden.

277. Cabe señalar que el Beneficio Extraordinario Total de las empresas infractoras es el resultado de la suma de los Beneficios Extraordinarios de cada escenario. Como se ha señalado, para poder determinar el Beneficio Esperado se requiere, adicionalmente a los cálculos realizados para la obtención del Beneficio Extraordinario Total, la consideración de la probabilidad de detección de la conducta investigada.
278. Al respecto, considerando que en el presente caso la detección de la infracción fue posible gracias a la denuncia presentada por EsSalud al Sistema Nacional de Control y a las características particulares de la conducta investigada (la forma en que involucró zonas específicas y la estrategia de autodescalificación o no presentación de propuestas), la probabilidad de detección puede calificarse como media alta, por lo que esta Comisión considera que corresponde asignarle un valor de 0.75.
279. En el siguiente cuadro, se muestra el cálculo del Beneficio Esperado por cada empresa infractora, en función de los datos obtenidos (Beneficio Extraordinario Total / Probabilidad de Detección), y la Multa correspondiente:

Cuadro 19
Cálculo del Beneficio Esperado

	Beneficio Extraordinario total (S/.)	Probabilidad de Detección	Beneficio Esperado (S/.)
Praxair	19,503,453.07	0.75	26,004,604.09
Aga	4,342,012.88		5,789,350.50
Messer	1,563,257.19		2,084,342.92

Fuente: EsSalud
Elaboración: Secretaría Técnica

280. Finalmente, cabe precisar que, de conformidad con lo dispuesto por el literal b) del artículo 23 del Decreto Legislativo 701¹¹¹, para la determinación de las multas a imponer, se deberá optar por el menor monto entre el Beneficio Esperado y el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por cada una de las empresas infractoras durante el ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión, tal como se muestra a continuación:

¹¹¹

Decreto Legislativo 701

Artículo 23.- La Comisión de Libre Competencia podrá imponer a los infractores de los Artículos 3, 5 y 6 las siguientes multas:

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.

Cuadro 20
Cálculo de la Multa

	Beneficio Esperado (UIT*)	10% de las ventas o ingresos brutos (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

*Correspondiente al valor vigente de la UIT: S/. 3,600.00

Fuente: EsSalud, Praxair, Aga y Messer

Elaboración: Secretaría Técnica

281. En tal sentido, corresponde imponer a Praxair, Aga y Messer multas de 3,836.82 UIT, 1,333.90 UIT y 578.98 UIT, respectivamente.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, el Decreto Legislativo 701, el Decreto Legislativo 1034 y la Ley 27444, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia;

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que Praxair Perú S.R.L., Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A. cometieron una infracción al artículo 6 del Decreto Legislativo 701, infracción calificada como muy grave y 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: Sancionar a Praxair Perú S.R.L., Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A., con multas de tres mil ochocientos treinta y seis con ochenta y dos centésimas (3,836.82) Unidades Impositivas Tributarias, mil trescientos treinta y tres con noventa centésimas (1,333.90) Unidades Impositivas Tributarias y quinientos setenta y ocho con noventa y ocho centésimas (578.98) Unidades Impositivas Tributarias, respectivamente.

Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia: Paul Phumpiu Chang, Elmer Cuba Bustinza y Raúl Pérez-Reyes Espejo.


Paul Phumpiu Chang
Presidente