

DOCUMENTO DE DISCUSIÓN

DD/12/05

Colusión sin evidencia directa en el Perú ¿La sospecha basta?

Enzo Defilippi, PhD



Documento de Discusión

Colusión sin evidencia directa en el Perú

¿La sospecha basta?

Elaborado por Enzo Defilippi, PhD / Agosto 2012

Abstract

In the largest antitrust case prosecuted in Peru during the 2000s, the competition authority fined three firms for colluding to supply oxygen to Social Security hospitals (ESSALUD). At first the case looked simple: between 1999 and 2002 these firms won tenders in the same geographical areas in processes where the other two bidders always disqualified themselves. Moreover, this is an industry with a history of anticompetitive practices, since producers of industrial and medical gases have been found guilty of collusion in several countries, including Brazil, Argentina, Chile and the European Union.

However, a deeper look at the economic evidence of the case shows that it was not conclusive, since the collusion hypothesis cannot explain key facts: the reason for which the firms disqualified themselves, since the others did not require it to win the tenders; the reason why the firms would maintain a collusive agreement that could not provide higher benefits than competition; and the price evidence that shows ESSALUD was exerting market power at the same time it was the supposed victim of a collusion. Likewise, the collusion hypothesis implies that the behavior of the firms was irrational, since i) a producer representing 85% of the market colluded with two firms representing 10% and 5%, ii) to allow them to gain market share at its expense, iii) to sell the product at increasingly lower prices than those paid by the rest of buyers, iv) through contracts obtained bidding the lowest possible price. This paper argues the collusion could not be proven and thus, the case should have been dropped.

Palabras clave: Libre competencia, prácticas anticompetitivas, colusión, Perú

Clasificación JEL: K21

Correo del autor: defilippi_ef@up.edu.pe

* Investigación presentada en la XVI Conferencia Anual de la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía, 18 y 19 de junio de 2012, Lima, Perú. El autor emitió diversas apreciaciones técnicas durante el desarrollo de este caso, a solicitud de una de las empresas investigadas.

Los Documentos de Discusión difunden los resultados preliminares de las investigaciones de los autores con el propósito de recoger comentarios y generar debate en la comunidad académica. Las opiniones expresadas en este documento son de exclusiva responsabilidad del autor y no reflejan necesariamente aquellas del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. EL CASO.....	2
2.1 El producto y el mercado.....	2
2.2 Indicios de colusión	2
2.3 Las explicaciones de las empresas.....	4
2.4 El informe acusatorio	8
2.5 Los descargos de las empresas	10
2.6 La Resolución Sancionatoria.....	12
3. ANÁLISIS	13
3.1 Marco teórico.....	13
3.1.1 El uso de evidencia económica en casos de colusión.....	13
3.1.3 Uso de evidencia económica como prueba de colusión en el Perú.....	14
3.2 Análisis de los argumentos de la CLC.....	14
3.2.1 Los indicios.....	14
3.2.2 La metodología de análisis de la CLC	16
3.2.2 La capacidad explicativa de la hipótesis de colusión.....	17
3.2.4 Las implicaciones de la hipótesis de colusión	18
4. CONCLUSIONES	18
5. BIBLIOGRAFÍA	19

1. INTRODUCCIÓN

Una de las principales características del cambio estructural ocurrido en la economía peruana a principios de los noventa fue el rol protagónico otorgado al mercado en la generación de eficiencia y bienestar para la población. Este cambio vino acompañado por la creación de una institución, INDECOPI, encargada de proteger la libre competencia y la propiedad intelectual, entre otros fines¹.

El analizado en este artículo fue el más importante caso de colusión visto por la Comisión de Libre Competencia (CLC) en la primera década del nuevo siglo. Tres empresas productoras de gases industriales fueron encontradas culpables de repartirse geográficamente el mercado de los procesos de adquisición de oxígeno convocados por ESSALUD, el seguro social peruano, entre 1999 y 2004. A primera vista, el caso parecía simple: entre 1999 y 2002, las empresas denunciadas ganaron los procesos convocados en patrones geográficos definidos, los cuales se mantuvieron hasta 2004. En estos procesos sólo participaban las tres empresas y una resultaba ganadora porque las otras dos solicitaban precios por encima del máximo legal, autodescalificándose. Además, se trata de una industria en la que empresas han sido investigadas en diversos países y encontradas culpables de colusión en al menos la Unión Europea, Brasil, Argentina y Chile.

Sin embargo, un análisis más profundo de la evidencia económica del caso revela que la misma no era concluyente, pues la hipótesis de colusión no puede explicar tres aspectos fundamentales del caso: la razón por la cual las empresas se autodescalificaban, si ello no era necesario para que las licitaciones sean legalmente válidas; por qué las empresas mantendrían un acuerdo colusorio que no era capaz de generarles beneficios mayores que un mercado competitivo; y la evidencia de precios que indica que ESSALUD ejercía poder de mercado al mismo tiempo que era víctima de una colusión. Más aún, la hipótesis de colusión implica que el comportamiento de los implicados careció de lógica económica, ya que el productor que representaba el 85% del mercado se habría coludido con competidores que representaban el 10% y el 5% del mismo, para que éstas incrementen su participación, para vender a precios cada vez menores que los pagados por el resto de demandantes, obteniendo contratos en procesos en los que ganó ofreciendo el mínimo precio posible. La hipótesis de este artículo es que la colusión no pudo ser probada y que, por lo tanto, el caso debió ser desestimado.

En la siguiente sección se presenta la evidencia del caso: los indicios, las explicaciones de las empresas y los argumentos del INDECOPI para sancionarlas. La Sección 3 presenta el marco teórico que guía el análisis de los casos de colusión y analiza los argumentos esgrimidos por la CLC, mientras que la Sección 4 presenta las conclusiones del análisis.

¹ El organismo del INDECOPI encargado de velar por la libre competencia es la Comisión de Libre Competencia. Las investigaciones son llevadas a cabo por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia. Las apelaciones son resueltas por el Tribunal del INDECOPI.

2. EL CASO

2.1 El producto y el mercado

Las empresas productoras de oxígeno atienden dos mercados estrechamente relacionados entre sí: el mercado industrial y el mercado medicinal. El primero demanda oxígeno para su utilización en procesos industriales, en especial aquellos relacionados con procesos metalúrgicos. El segundo demanda oxígeno para tratamientos terapéuticos, nebulizaciones y para el funcionamiento de algunos equipos médicos. El mercado industrial implica menores precios pero también menores costos y un volumen de demanda varias veces mayor, lo que lo hace más rentable. De hecho, como lo señalaron representantes de las empresas Messer y Praxair durante el proceso, la ubicación de sus plantas de producción responde a la localización geográfica de sus principales clientes industriales.

El oxígeno puede ser comercializado en estado líquido o gaseoso. Si bien el primero tiene un menor costo unitario, su provisión sólo es rentable cuando es adquirido en grandes cantidades, ya que los compradores requieren invertir en tanques y otros activos que deben ser instalados en sus propias instalaciones.

Existen diversas tecnologías para la producción de oxígeno. Las más sencillas sólo producen oxígeno gaseoso y pueden hacerlo rentablemente en pequeñas cantidades. Las más complejas producen oxígeno líquido a partir del aire atmosférico, el cual es luego vaporizado para producir oxígeno gaseoso. La utilización de estas tecnologías, que producen oxígeno conjuntamente con otros gases del aire como nitrógeno y argón, requiere inversiones por varios millones de dólares.

Las características físicas del oxígeno hacen que en estado gaseoso sólo pueda ser transportado rentablemente por distancias relativamente cortas². Para distancias largas, el producto es transportado en estado líquido y luego vaporizado en las cercanías del lugar de consumo. Ello hace que la logística de su distribución sea compleja, pues requiere una flota de camiones cisterna para su transporte en estado líquido, plantas de vaporización ubicadas cerca de los lugares de consumo y una flota de camiones distribuidores de cilindros para distribuir el oxígeno gaseoso a los clientes.

2.2 Indicios de colusión

En enero de 2008, la Secretaría Técnica (ST) de la Comisión de Libre Competencia emitió un informe en el que recomendaba iniciar un procedimiento sancionador contra las empresas Praxair, Aga y Messer Gases del Perú. Señaló que existían indicios para suponer la existencia de un acuerdo colusorio para repartirse el mercado de los procesos de compra de oxígeno medicinal (líquido y gaseoso) convocados por ESSALUD entre 1999 y 2004. Para sustentar su decisión la ST analizó los procesos de adquisición de estos productos (licitaciones y adjudicaciones)³ hasta 2007, los cuales se muestran en la Tabla 1.

² El oxígeno en estado gaseoso ocupa un volumen 790 veces menor que en estado líquido, y su peso es alrededor de diez veces menor que el del cilindro que lo contiene.

³ Compras directas o de menor cuantía que no justifican una licitación.

Tabla 1: Procesos de compra analizados por la CLC

Nro.	Proceso	Convocatoria	Periodo de suministro
1	Licitación 018-IPSS-98	Noviembre 1998	Enero 1999 - Diciembre 1999
2	Licitación 053-ESSALUD-99	Mayo 2000	Junio 2000 - Junio 2001
3	Adjudicaciones	Setiembre 2001	Junio 2001 - Noviembre 2002
4	Licitación 0199L00052	Setiembre 2002	Noviembre 2002 - Noviembre 2003
5	Adjudicaciones	Octubre 2003	Noviembre 2003 - Junio 2004
6	Licitación 0399L00091	Abril 2004	Junio 2004 - Junio 2005
7	Adjudicaciones	Junio 2005	Junio 2005 - Enero 2006
8	Licitación 0599L00081	Noviembre 2005	Febrero 2006 - Febrero 2007

Las filas sombreadas indican el periodo de colusión

Fuente: Expediente 002-2008/CLC

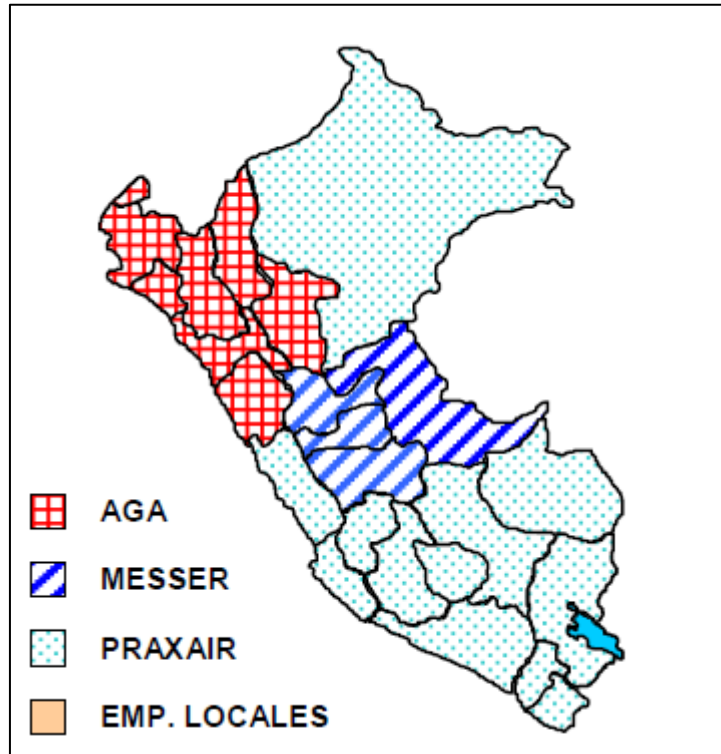
Los indicios encontrados por la ST fueron los siguientes:

- Entre enero de 1999 y junio de 2004 se observó un paralelismo de conductas:
 - Las empresas obtuvieron la buena pro siguiendo un patrón geográfico claramente definido: Aga, en el norte del país, Messer en el centro y Praxair en el sur del país y en Lima (ver Gráfico 1).
 - En los tres primeros procesos, las empresas resultaron ganadoras con ofertas cercanas al 110% del valor referencial (el máximo legal posible). Si bien presentaban ofertas en todas las zonas del país, fuera de sus zonas de influencia lo hacían por montos superiores al 110% del valor referencial, autodescalificándose⁴.
- Dado que las empresas conocían que ESSALUD estaba impedida de evaluar una propuesta económica por un valor mayor al 110% del valor referencial, resultaba inexplicable, desde el interés individual de una empresa, presentar ofertas que iban a ser descalificadas.
- Las empresas contaban con suficiente capacidad de producción para abastecer todos los requerimientos de compra de ESSALUD, pues su capacidad instalada superaba largamente la demanda de esta institución pública. Ello se constata a partir del cuarto proceso analizado (Licitación 0199L00052), en el cual ESSALUD redujo sustancialmente las barreras a la entrada relajando las condiciones que debían cumplir los postores y dividiendo los montos en un mayor número de ítems (de 4 a 24). Las

⁴ El marco legal de las compras públicas en el Perú establece que no pueden ser tomadas en cuentas las ofertas menores al 70% o mayores al 110% del valor referencial establecido en las bases.

tres empresas incursionaron en zonas donde anteriormente no lo habían hecho, por lo que su comportamiento previo sólo pudo corresponder a una repartición geográfica del mercado.

Gráfico 1: Reparto de zonas geográficas de acuerdo con la ST



Fuente: Expediente 002-2008/CLC

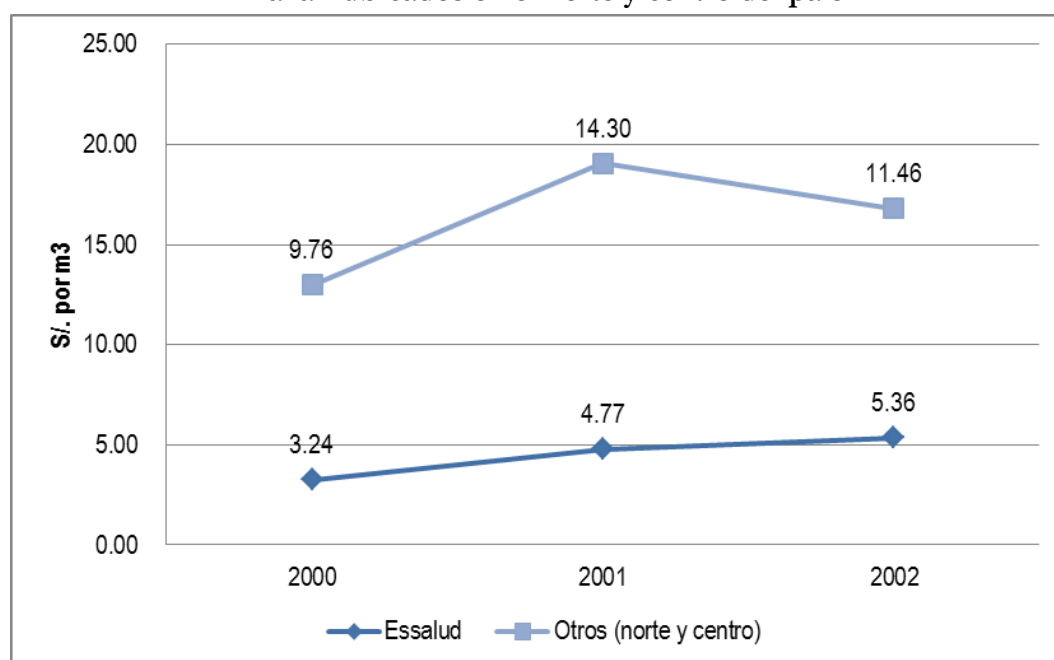
2.3 Las explicaciones de las empresas

Los aspectos más importantes de los descargos de las empresas fueron los siguientes:

1. De acuerdo con el marco normativo vigente durante el periodo analizado, no era necesario que se presenten ofertas en todos los ítems de una licitación para que ésta fuese legalmente válida.
2. Hasta el tercer proceso, las ofertas debían presentarse para abastecer conjuntamente oxígeno líquido y gaseoso en cuatro zonas geográficas que abarcaban varios departamentos del país. Si bien la contratación era global, el abastecimiento debía responder a las necesidades individuales de cada hospital. Ello hacía prácticamente imposible atender a ESSALUD si no se tenía una red de distribución armada con anterioridad, lo que excluía a las empresas pequeñas y a las que no operaban con anterioridad en la zona. Las empresas señalaron que su conocimiento del mercado les permitía saber que las barreras impuestas por ESSALUD eran tan altas que sólo un número reducido de empresas podrían cumplirlas, ninguna de las cuales competía con ella en su zona de influencia.

3. La presentación de ofertas superiores al 110% del valor referencial correspondía a la implementación de una estrategia de *signaling*: dar a ESSALUD señales creíbles que no podían atender esas zonas a menos que el precio justificase la inversión requerida para ampliar su capacidad de producción y distribución.
4. Como sustento, Praxair, la empresa que abastecía el 85% de la demanda de ESSALUD en 1999, presentó pruebas que sus clientes ubicados en el norte y centro del país pagaron precios entre dos y tres veces mayores que el que ofreció pagar ESSALUD entre 1999 y 2002 (ver Gráfico 2). Ello constituiría evidencia de que no hubo un reparto geográfico de mercado, y el hecho de que no vendiese un mayor volumen en estas zonas, a pesar de poder obtener precios significativamente mayores que los de ESSALUD, demostraría que la empresa enfrentaba restricciones de capacidad.

Gráfico 2: Diferencia entre los precios promedio pagados por ESSALUD y los clientes de Praxair ubicados en el norte y centro del país



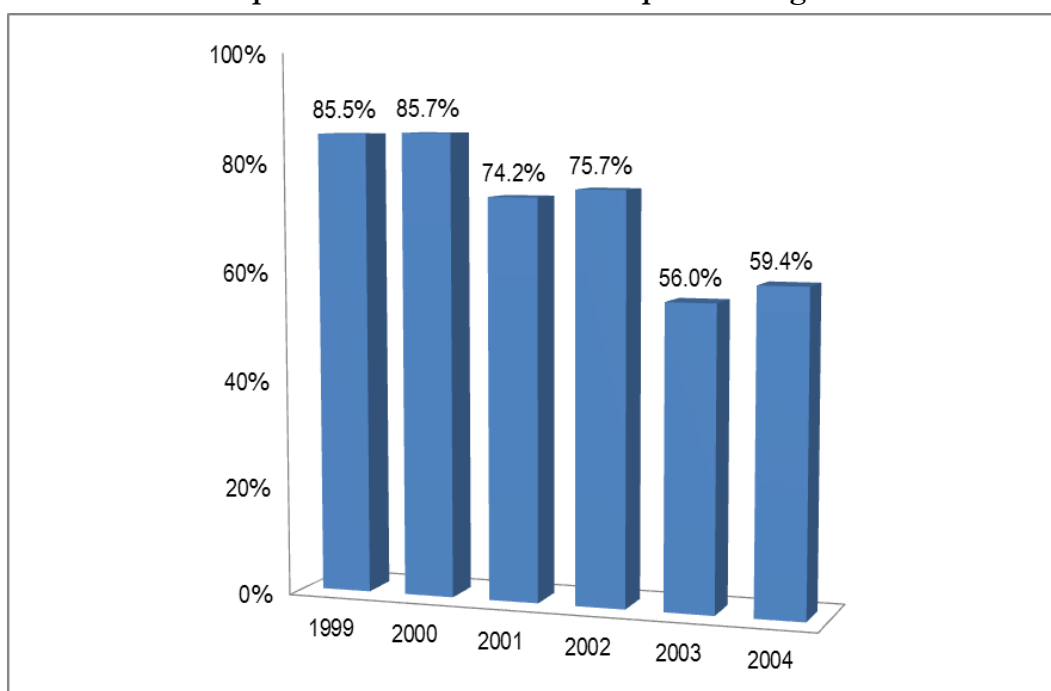
Fuente: Expediente 002-2008/CLC

5. Para afirmar que las empresas contaban con suficiente capacidad de producción para abastecer todos los requerimientos de compra de ESSALUD, la ST supuso que las empresas sólo producían oxígeno para abastecer el mercado medicinal. No tomó en cuenta la existencia y mayor rentabilidad de abastecer el mercado industrial, ni la producción comprometida en contratos de largo plazo, ni si las empresas contaban con una red de distribución que les permitiera abastecer a ESSALUD en zonas en las que no tenían otros clientes.
6. Aga argumentó que ST habría fallado al ignorar el poder monopsónico de ESSALUD, cuya existencia desincentiva la formación de un acuerdo colusorio. Esta institución representaba el 70% de la demanda nacional de oxígeno medicinal y

establecía las condiciones de compra con independencia de los ofertantes y los demás demandantes.

7. Praxair argumentó que diversos hechos que condicionan o caracterizan su comportamiento durante el periodo investigado serían inconsistentes con una participación en un acuerdo colusorio:
 - a. Que su participación en las compras de oxígeno de ESSALUD haya decrecido de 85.5% a 59.4% durante el periodo investigado. No resultaría razonable que el líder se coluda con firmas pequeñas para perder participación de mercado (Gráfico 3).

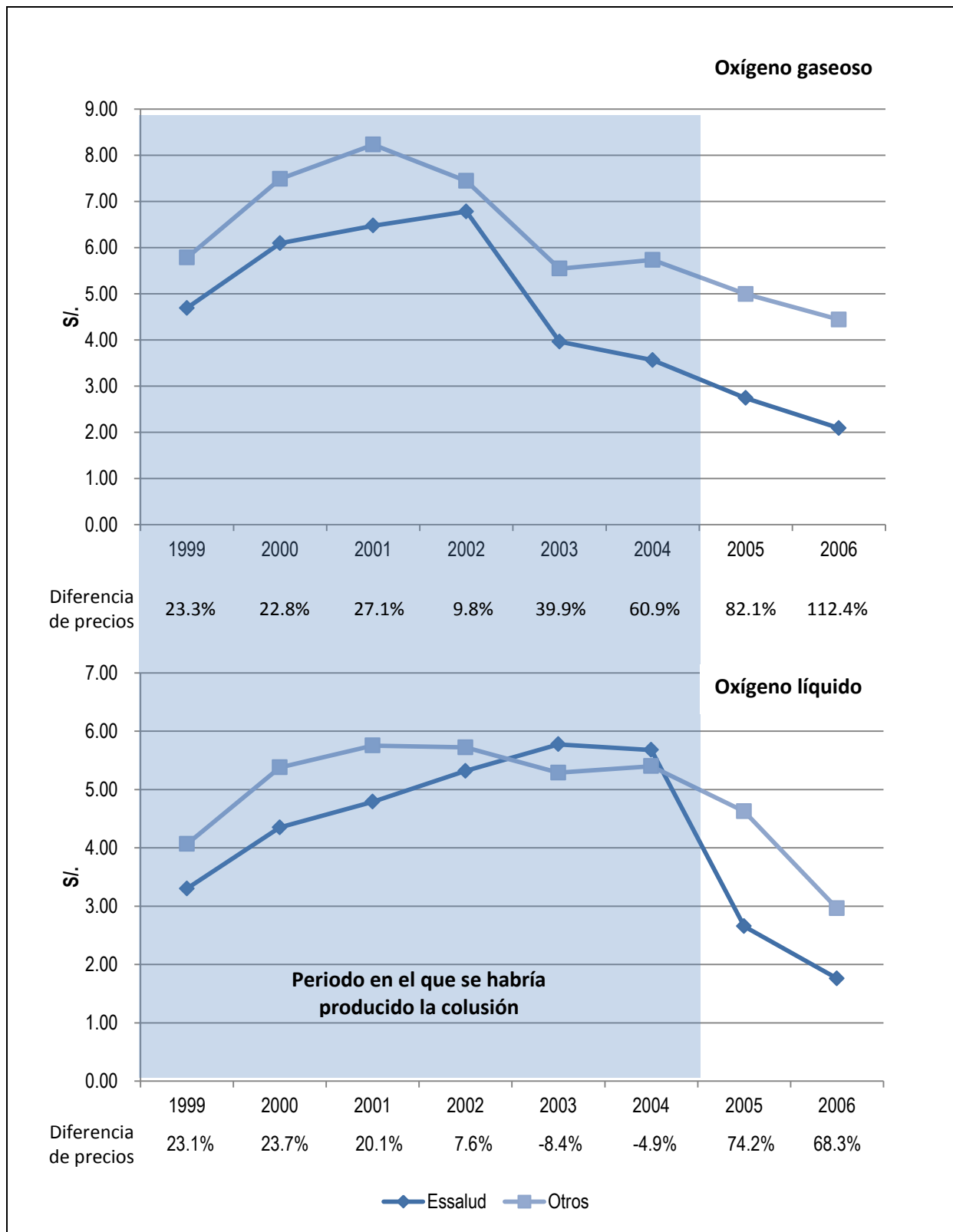
Gráfico 3: Participación de Praxair en las compras de oxígeno de ESSALUD



Fuente: Expediente 002-2008/CLC

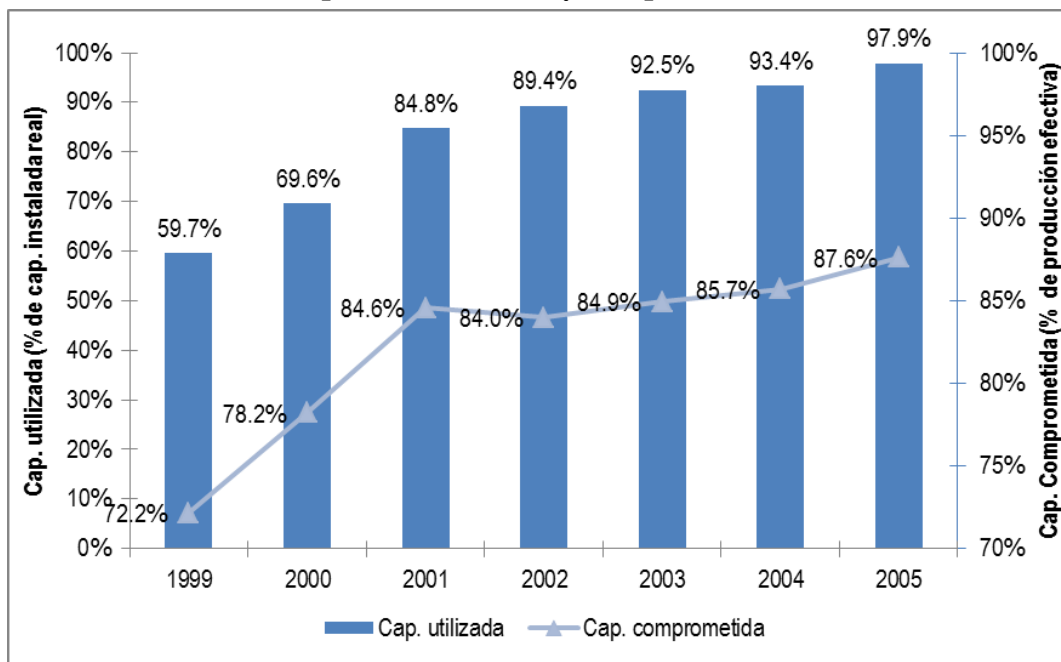
- b. Que Praxair recibía de ESSALUD precios promedio significativamente menores que del resto del mercado medicinal, diferencia que se incrementa sustancialmente durante los últimos años del periodo de análisis (ver Gráfico 4). Ellos demostraría que ESSALUD ejercía poder de mercado.
 - c. El hecho de contar con escasa capacidad de producción ociosa, la cual le hubiese impedido castigar desviaciones al acuerdo colusorio, de haber existido el mismo (Gráfico 5).
8. La ST habría fallado al ignorar al resto de los demandantes de oxígeno medicinal (Ministerio de Salud, Fuerzas Armadas y demandantes particulares). Es imposible entender el comportamiento de los agentes en un mercado si sólo se toma en cuenta una parte del mismo. Más aún, si las demás instituciones públicas adquieren oxígeno en procesos de compra similares a los de ESSALUD.

Gráfico 4: Precios promedio por metro cúbico de oxígeno medicinal cobrados por Praxair (S/.)



Fuente: Expediente 002-2008/CLC

Gráfico 5: Capacidad utilizada y comprometida de Praxair



Fuente: Expediente 002-2008/CLC

9. La ST habría fallado al dejar de reconocer que se trata de un comportamiento consistente con el de un mercado en que la competencia está presente. En efecto, es esperable que, ante la reducción de las barreras a la entrada impuestas por ESSALUD producida en el cuarto proceso de adquisición, se presentasen empresas que anteriormente habían estado imposibilitadas de licitar y que, como consecuencia, se redujesen los precios. Se habría cometido un serio error al interpretar este comportamiento como una comprobación de que en anteriores licitaciones no hubo rivalidad entre los postores, pues ignora el cambio en las reglas del juego impuestas por el propio ESSALUD que permitió incrementar la oferta de oxígeno medicinal.

2.4 El informe acusatorio

En agosto de 2010, la ST entregó su Informe Técnico⁵ el cual, luego de evaluar las explicaciones de las empresas, concluyó que las mismas cometieron una infracción muy grave consistente en el reparto del mercado de los procesos de compra de oxígeno medicinal de ESSALUD entre enero de 1999 y junio de 2004. El informe sustentaba sus conclusiones en un análisis de la evidencia del caso usando la metodología de *event analysis*. Esta metodología consiste en examinar los efectos de un cambio exógeno en el comportamiento de los agentes en un mercado. Para ello, analizó la reacción de las empresas denunciadas al cambio estructural que significó la modificación de los requerimientos que debían cumplir los postores a partir del cuarto proceso analizado (la Licitación 0199L00052).

Para ello, dividió los ocho procesos de compra analizados en dos periodos (ver Tabla 2):

⁵ Informe No. 003-2010-INDECOPI/ST-CLC

Tabla 2: Procesos de compra convocados por ESSALUD e interpretación de la ST

Nro.	Periodo de análisis	Proceso	Convocatoria	Periodo de suministro	Interpretación de la ST
1	Primero	Licitación 018-IPSS-98	Noviembre 1998	Enero 1999 - Diciembre 1999	Existió un acuerdo colusorio
2		Licitación 053-ESSALUD-99	Mayo 2000	Junio 2000 - Junio 2001	
3		Adjudicaciones	Setiembre 2001	Junio 2001 - Noviembre 2002	
4		Licitación 0199L00052	Setiembre 2002	Noviembre 2002 - Noviembre 2003	
5		Adjudicaciones	Octubre 2003	Noviembre 2003 - Junio 2004	
6	Segundo	Licitación 0399L00091	Abril 2004	Junio 2004 - Junio 2005	Hubo competencia
7		Adjudicaciones	Junio 2005	Junio 2005 - Enero 2006	
8		Licitación 0599L00081	Noviembre 2005	Febrero 2006 - Febrero 2007	

Fuente: Expediente 002-2008/CLC

- i. Primer periodo: entre la Licitación 018-IPSS-98 y las Adjudicaciones Directas convocadas en junio de 2001 (periodo de suministro entre enero de 1999 y noviembre de 2002).
- ii. Segundo periodo: entre la Licitación 0199L00052 y la Licitación 0599L00081 (periodo de suministro entre noviembre de 2002 y febrero de 2007).

Como resultado de su análisis, la ST arribó a las siguientes conclusiones:

1. Durante el primer periodo, se produjo un paralelismo de conductas entre las tres empresas denunciadas que no es explicable bajo ningún otro supuesto que el de colusión.
2. Durante el segundo periodo, se distinguen dos momentos: durante el primero (los procesos cuarto y quinto), las tres empresas continuaron proveyendo oxígeno en las mismas áreas en las que venían haciéndolo desde 1999.

De acuerdo con la ST, el hecho que desde el sexto proceso analizado las empresas hayan empezado a incursionar en áreas en las cuales no lo había hecho anteriormente constituía una prueba inequívoca de que siempre estuvieron en condiciones de hacerlo, por lo que concluye que la única explicación de esta conducta es la existencia de una colusión para repartirse el mercado en el periodo anterior.

Sobre el argumento de las empresas de que su comportamiento durante los tres primeros procesos de adquisición correspondía a una estrategia de *signaling*, la ST señaló que el mismo no

era creíble, pues las empresas no habían señalado su disconformidad con los precios referenciales durante la etapa de consultas de ninguno de estos procesos. Asimismo, sobre el argumento de que en el informe indiciario no había tomado en cuenta el mercado industrial y los contratos de largo plazo para afirmar que las empresas contaban con suficiente capacidad para abastecer todos los requerimientos de compra de ESSALUD, la ST señaló que su afirmación era cierta aun tomando en cuenta los contratos de largo plazo.

Asimismo, ante lo señalado por las empresas que, de acuerdo con el marco normativo vigente, durante el periodo analizado no era necesario que se presenten ofertas en todos los ítems de una licitación para que ésta fuese legalmente válida, la ST modificó su argumento. Argumentó que presentar ofertas por encima del 110% del valor referencial respondería a la implementación de un “mecanismo de control” del acuerdo colusorio.

2.5 Los descargos de las empresas

Los principales descargos se centraron en el cuestionamiento de *event analysis* llevado a cabo por la ST. Las empresas señalaron que su comportamiento a partir del cuarto proceso demuestra precisamente que el mercado era competitivo, ya que la reducción de las barreras a la entrada impuestas por ESSALUD incentivó la entrada de nuevos postores y las obligó a reducir precios. Argumentaron que, de ser cierta la hipótesis de que lo único que les impedía incursionar en otras zonas era un acuerdo colusorio, lo hubiesen hecho pues el acuerdo no hubiese sido capaz de garantizar una rentabilidad mayor a la de un mercado competitivo. Como se observa en la Tabla 3, las empresas se mantuvieron abasteciendo las mismas zonas, pero con precios menores.

Tabla 3: Ofertas ganadoras de los procesos de compra de oxígeno medicinal convocados por ESSALUD (como % del valor referencial)

	Proceso	Gaseoso				Líquido			
		Nor	Cen	Sur	Lima	Nor	Cen	Sur	Lima
1	Licitación 018-IPSS-98	A: 108%	M: 105%	P: 109%	P: 109%	A: 108%	M: 105%	P: 109%	P: 109%
2	Licitación 053-ESSALUD-99	A: 109%	M: 110%	P: 110%	P: 110%	A: 109%	M: 110%	P: 110%	P: 110%
3	Adjudicaciones	A,C	M	P, OE	P	A	M	P	P
4	Licitación 0199L00052	A:100%	M: 100%	P: 70%; OC:90%	P: 70%	A:100%	M:110%	OM:71%	-
5	Adjudicaciones	A	M	P	P	A	M	P	P
6	Licitación 0399L00091	A:70%; M:70%	A:70%; M:70%	P:70%	P:70%; I:70%	A:70%	A:70%	P:70%	P:70%; A:70%
7	Adjudicaciones	M	A,P	P	P, A, I	A	-	OX, P	-
8	Licitación	A:70%	A:70%,	P:70%,	P:70%	A:70%	A:70%	A:70%	P: 70%

0599L000 81	M:70% P:110%	P: 70%	OM:70 % I:70%	I:70% T:70%		P: 70%	P: 70%	
----------------	-----------------	--------	---------------------	----------------	--	--------	--------	--

P: Praxair, A: Aga, M: Messer, OM: Oxyman, OC: Oxiczco, I:Indura, C: Caxamarca Gas, OE: Oxígeno EIRL

Filas sombreadas: periodo de colusión

Fuente: Expediente 002-2008/CLC

También argumentaron que la conclusión de la ST sobre que sus incursiones en nuevas áreas geográficas a partir de 2005 eran prueba de que estaban en capacidad de hacerlo desde 1999 no tiene sustento a menos que se demuestre que la capacidad de producción se mantuvo igual durante todo el periodo analizado. Praxair, por ejemplo, señaló que el incremento de la demanda de sus principales clientes en el mercado industrial la llevó a hacer una serie de inversiones que tuvieron como resultado un incremento de la disponibilidad de oxígeno líquido, ya que anteriormente parte del mismo tenía que ser gasificado para atender los picos de la demanda. Esta mayor disponibilidad de oxígeno líquido le habría permitido contar con una mayor cantidad de producto para distribuir en zonas más alejadas de la planta de producción (ver Tabla 4).

Tabla 4: Estructura productiva de Praxair durante el periodo analizado

2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Planta 155 ton	Planta 155 ton	Planta 155 ton	Planta 155 ton	Planta 155 ton	Planta 155 ton	Planta 155 ton
	El incremento de oxígeno disponible equivale al 70% del mercado medicinal atendido en 2003.			2 Pl. VPSA x10 ton c/u	2 Pl. VPSA x10 ton c/u	2 Pl. VPSA x10 ton c/u
				"Pulmón" (2 tanq. de 3400m ³)	"Pulmón" (2 tanq. de 3400m ³)	"Pulmón" (2 tanq. de 3400m ³)
			El incremento de oxígeno disponible equivale al 116% del mercado medicinal atendido en 2005.			Planta VPSA 148 ton

Fuente: Expediente 002-2008/CLC

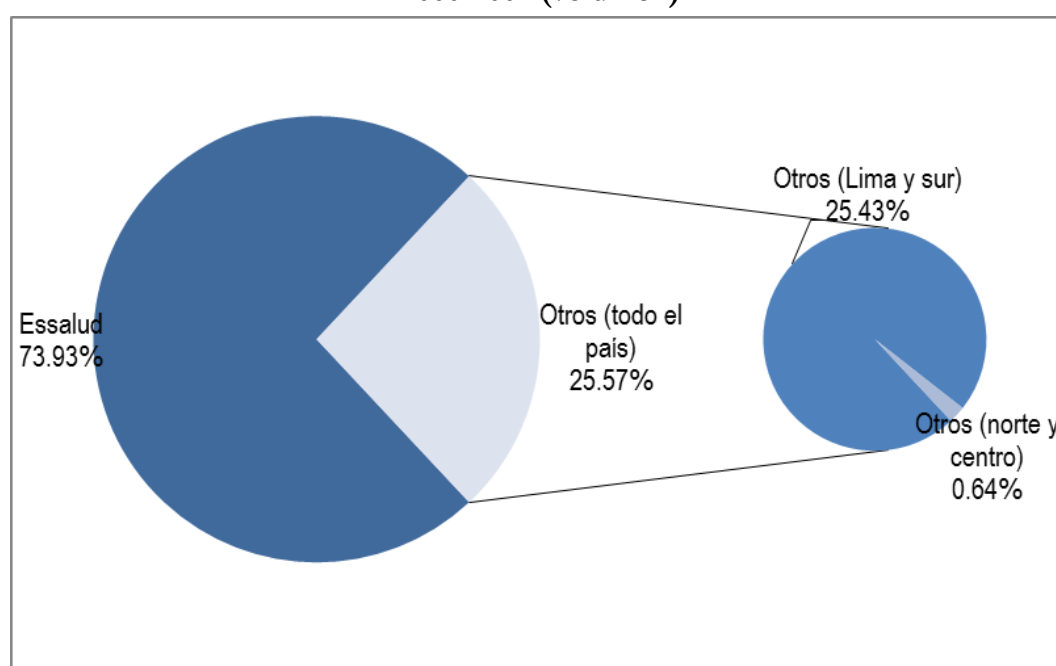
AGA justificó la reducción de precios argumentando que la producción de gases industriales genera una serie de costos conjuntos, y que el precio del oxígeno medicinal se obtiene prorrateando el costo total por el porcentaje que representa el producto del volumen total producido. La reducción a una tercera parte del peso relativo del gas medicinal entre 2002 y 2006 hizo que el costo disminuyera, permitiendo a la empresa ofrecer precios menores hacia el final del periodo analizado.

Praxair también señaló que la hipótesis de la ST implica que se mantuvo en un acuerdo colusorio hasta junio de 2004, cuando desde noviembre de 2002 tuvo que ofrecer el 70% del valor

referencial (el mínimo legal) para mantener abasteciendo las áreas que venía abasteciendo desde antes de 1999. No tendría sentido ser parte de una colusión que implica la misma rentabilidad que la de una situación de competencia. Más aún, el primer proceso en el que la empresa oferta fuera de su área tradicional de influencia es el sétimo (junio 2005); es decir, un año después de que el supuesto acuerdo hubiese concluido. La empresa señala que ello respalda su explicación de que no lo hizo anteriormente porque no tenía capacidad, y que su comportamiento coincide con su explicación de que fueron las inversiones llevadas a cabo en 2004 las que le permitieron hacerlo.

Esta empresa también presentó pruebas que respaldaban su explicación de que su comportamiento hasta el tercer proceso analizado respondía a una estrategia de *signaling*. Como se muestra en el Gráfico 6, la empresa no sólo concentraba sus ventas en Lima y el sur del país en el caso de ESSALUD, sino que lo hacía también con el resto del mercado medicinal, segmento sobre el cual no existe sospecha de colusión. Y que el hecho de que vendiese pequeñas cantidades en el norte y en el sur del país era prueba de que no participó un reparto geográfico del mercado.

Gráfico 6: Distribución de las ventas de Praxair en el mercado de oxígeno medicinal 2000-2002 (volumen)



Fuente: Expediente 002-2008/CLC

Las empresas también cuestionaron el hecho que la ST no se haya planteado hipótesis alternativas. Ello porque, ante la inexistencia de pruebas directas, es necesario que la hipótesis de colusión sea la única que explique razonablemente la evidencia del caso.

2.6 La Resolución Sancionatoria

La CLC hizo suyos la casi totalidad de los argumentos esgrimidos por la ST, por lo cual sus conclusiones fueron similares a las del Informe Técnico (Resolución 051-2010/CLC-

INDECOPI). La única diferencia importante es que este documento argumentó por qué no había sido necesario llevar a cabo la determinación del mercado relevante. La CLC señaló que ello constituye una etapa de la metodología de análisis en casos de abuso de posición de dominio y control de concentración empresariales, pero que, en casos de prácticas restrictivas a la libre competencia, ello no es necesario.

3. ANÁLISIS

3.1 Marco teórico

Previo al análisis del caso, es necesario señalar brevemente los criterios que guían los análisis de casos de libre competencia.

3.1.1 El uso de evidencia económica en casos de colusión

Uno de los elementos centrales en las investigaciones de colusión es la dificultad de probar su existencia, ya que usualmente no se cuenta con evidencia directa como documentos escritos, grabaciones o confesiones de parte. En estos casos, las autoridades de competencia tienden a utilizar evidencia circunstancial, gran parte de la cual está conformada por evidencia económica: pruebas de la conducta de la empresa, la estructura del mercado y la existencia de prácticas que faciliten el mantenimiento de acuerdos colusorios⁶.

El problema de utilizar evidencia económica es que algunas conductas que pueden constituir un indicio razonable de la existencia de un acuerdo colusorio pueden también ser compatibles con mercados plenamente competitivos. El incremento de precios por parte de todas las empresas productoras de un bien, por ejemplo, puede obedecer a la existencia de un acuerdo colusorio, pero también a incrementos de costos o de la demanda. Una reducción de precios puede obedecer a una conducta predatoria, pero también a la reducción de la demanda o a una innovación tecnológica.

Debido a esta dificultad, tanto el derecho como la economía de la libre competencia reconocen que el paralelismo en las conductas entre los participantes de un mercado no constituye evidencia suficiente para suponer la existencia de un acuerdo colusorio. Por ello, se requiere analizar estas conductas conjuntamente con evidencia adicional, a la cual académicos y autoridades de competencia se refieren como *plus factors*. Los *plus factors* están constituidos por ciertas características de la oferta, la demanda y la estructura de un mercado sin las cuales resulta difícil inferir la existencia de un acuerdo. Entre ellas, las más importantes son el número de empresas, las similitudes de tamaño entre las mismas, el poder de compra de los demandantes y la elasticidad de la demanda, entre otros⁷.

Este razonamiento es reflejado en las prácticas seguidas por las principales autoridades de competencia. En efecto, la OECD (Organization for Economic Co-operation and Development), en un documento que describe las mejores prácticas a nivel mundial en la

⁶ OECD (2006).

⁷ Ivaldi y otros (2003).

investigación y prosecución de carteles cuando no existe evidencia directa (OECD, 2006), recomienda que en el análisis de la evidencia económica se utilicen los siguientes criterios:

1. Debido a la necesidad de contextualizar el análisis, la evidencia económica debe ser analizada de manera exhaustiva.
2. Debido al efecto acumulativo de la evidencia circunstancial, la evidencia económica debe ser analizada de manera conjunta y no ítem por ítem.
3. Para diferenciar entre conductas que responden a un mercado competitivo (las empresas maximizan beneficios individualmente) y aquellas que se desprenden de un acuerdo colusorio, se debe primero identificar qué conductas son esperables bajo el primer caso. Entonces, y sólo entonces, se puede identificar acciones que son inconsistentes con esta conducta.
4. Un criterio importante para analizar evidencia económica es el de “acciones contra el interés propio”, bajo el cual la evidencia se analiza buscando determinar si una conducta hubiese sido beneficiosa para una empresa de no haber participado en una colusión.

3.1.3 Uso de evidencia económica como prueba de colusión en el Perú

En el Perú se acepta el uso de evidencia económica circunstancial para acreditar la existencia de prácticas restrictivas a la libre competencia. En efecto, en casos anteriores tanto la CLC como el Tribunal del INDECOPI han basado su razonamiento en indicios y presunciones, los cuales, luego del descarte de todas las explicaciones alternativas razonables, se han convertido en pruebas.

Este razonamiento es especialmente importante para determinar si la metodología de análisis utilizada por la CLC permite inferir las conclusiones de la Resolución Sancionatoria partiendo de la evidencia del caso. En efecto, bajo este razonamiento:

1. La metodología de análisis debe analizar todas las hipótesis alternativas y descartarlas porque no resultan razonables a la luz de la evidencia.
2. Sólo es necesario demostrar la existencia de una hipótesis alternativa razonable para que las conclusiones de la CLC queden invalidadas. No sería siquiera necesario que la hipótesis alternativa sea más razonable que la hipótesis de colusión; basta que sea razonable y consistente con la evidencia.

3.2 Análisis de los argumentos de la CLC

3.2.1 Los indicios

La Tabla 5 muestra los principales indicios de comportamiento colusorio identificados por la ST, las explicaciones esgrimidas por las empresas, y los argumentos de la CLC para considerar que las mismas no eran razonables.

Tabla 5: Indicios y argumentos de las empresas y la CLC

Indicio		Explicación de las empresas	Argumentos de la CLC
1	Paralelismo en la presentación de ofertas durante los tres primeros procesos de compra.	Estaban implementando una estrategia de <i>signaling</i> .	La explicación no es creíble. Las empresas no argumentaron que los precios eran bajos en las etapas de consulta de los procesos.
2	Patrón geográfico consistente.	Las zonas de provisión son consistentes con los demás mercados usualmente atendidos por las empresas.	--
2	Las empresas contaban con capacidad de producción suficiente para abastecer a todo el Perú.	No se toma en cuenta el mercado industrial, los contratos de largo plazo y la red de distribución.	Aun considerando los contratos de largo plazo, las empresas contaban con capacidad para abastecer toda la demanda de ESSALUD.

Inicialmente, la ST explicó el comportamiento de las empresas de presentar con ofertas por encima del 110% del valor referencial como uno necesario para que las licitaciones no fuesen declaradas desiertas, y que las otras empresas pudiesen adjudicarse la buena pro en las mismas. Sin embargo, luego tuvo que admitir que el marco legal no requería que más de un postor presente ofertas en todos los ítems de la misma, por lo que no era necesario que otras empresas presenten propuestas para que una resulte ganadora. Este hecho es relevante porque uno de los indicios más importantes del caso fue precisamente que el paralelismo en la presentación de ofertas no tenía justificación racional, a menos que constituyese como un mecanismo cooperativo para que todas las empresas obtuviesen la buena pro. Ante la constatación de que ninguna empresa necesitaba que otra presente ofertas para adjudicarse la buena pro, la ST varió su argumento para sostener que presentar ofertas por encima del 110% del valor referencial respondía a la implementación de un “mecanismo de control” del acuerdo colusorio.

La explicación de las empresas fue que su comportamiento respondió a una decisión estratégica: dar señales a ESSALUD de que los precios ofrecidos eran muy bajos como para justificar las inversiones requeridas para poder atender estos mercados (*signaling*). Ante ello, la CLC argumentó que esta explicación no era creíble porque existe en los procesos de selección un mecanismo para informar formalmente a ESSALUD que los precios estaban por debajo de lo esperado y las empresas no lo hicieron. Más aún, si alguna empresa no hubiera estado de acuerdo con el valor referencial podía haber dejado de participar considerando que ya había usado los medios formales existentes para comunicar su parecer.

Ambos argumentos de las CLC son cuestionables. Por un lado, porque los resultados de las licitaciones son públicos. De existir un cartel, no hubiese sido necesario implementar ningún mecanismo adicional para constatar su cumplimiento. Por otro lado, porque el hecho de que las empresas hayan agotado los canales formales para informar a ESSALUD de que el precio

planteado era demasiado bajo no impide la utilización de canales informales. Más aún, incentiva su uso.

El hecho que los argumentos de la CLC en este extremo sean poco razonables tiene implicaciones sustanciales sobre el caso, ya que, aun aceptando la posición de la Comisión — sobre que las explicaciones provistas por las empresas no son creíbles—, la hipótesis de colusión pierde su fuerza explicativa; es decir, no puede explicar por qué las empresas se comportaron de la manera en que lo hicieron.

Sobre el indicio de que las compras de ESSALUD seguían un patrón geográfico consistente en el cual Messer atendía el norte, Aga el centro y Praxair Lima y el sur, las empresas argumentaron que ello era consistente con el patrón de sus ventas en los demás segmentos de mercado en los que participaban, en los cuales no existen sospechas de comportamiento anticompetitivo. Esta consistencia es difícil de explicar bajo la hipótesis de colusión. Lamentablemente, el análisis de la misma está ausente en la Resolución Sancionatoria.

Sobre el tercer indicio del caso —que las empresas contaban con suficiente capacidad para atender toda la demanda de ESSALUD y que, por lo tanto, no se explicaría las razones por las cuales se abstenían de incursionar en otras zonas—, las acusadas argumentaron que no se estaba teniendo en cuenta el mercado industrial, la existencia de contratos de largo plazo que comprometían la capacidad futura ni la necesidad de contar con una red de distribución en estas zonas. La CLC señaló que, aun descontando la capacidad comprometida en contratos de largo plazo, las empresas contaban con capacidad para abastecer toda la demanda de ESSALUD. No se pronunció sobre la red de distribución.

Sobre este aspecto, es necesario señalar la diferencia entre poseer capacidad de oferta y poder ofertar rentablemente. El primero concepto se refiere a la disponibilidad física del producto, mientras que el segundo a la rentabilidad de destinarlo a un mercado o a otro. Para determinar si las empresas tenían capacidad de incursionar rentablemente en áreas adicionales a las que tradicionalmente venían atendiendo, no sólo es necesario analizar su capacidad de producción y distribución, sino también la rentabilidad relativa de destinar el producto a un mercado o cliente y no a otro. Estos análisis se encuentran ausentes en la Resolución Sancionatoria, por lo que la explicación de la CLC no está probada. Cabe señalar que la información de precios contenida en el Gráfico 4 indica que los precios pagados por ESSALUD estuvieron por debajo de aquellos pagados por el resto de demandantes durante prácticamente todo el periodo analizado, por lo que es cuestionable argumentar, sin llevar a cabo un análisis previo, que atender a ESSALUD resultaba más rentable que proveer a otros clientes.

3.2.2 La metodología de análisis de la CLC

El análisis más importante de la evidencia del caso llevado a cabo por la CLC es el *event analysis*. De acuerdo con éste, el hecho que desde el sexto proceso analizado las empresas hayan empezado a incursionar en áreas en las cuales no lo habían hecho anteriormente constituía una prueba inequívoca de que siempre estuvieron en condiciones de hacerlo, por lo que la única explicación de esta conducta sería la existencia de un acuerdo colusorio para repartirse el mercado.

Este análisis lógico presenta dos fallas. La primera: que la conclusión sólo parece haber tomado en cuenta la distribución geográfica de las adjudicaciones, mas no el precio de adjudicación, ya que en varias ocasiones las empresas resultaron ganadoras ofertando el 70% del valor referencial, el mínimo legal (ver Tabla 3). Como es evidente, no resulta razonable que una empresa sea parte de un acuerdo colusorio que no es capaz de generarle beneficios superiores a los de una situación de competencia.

La segunda falla es que, para que la conclusión a la que arriba la CLC tenga sustento, se tendría que haber demostrado que la estructura productiva de las empresas y la rentabilidad relativa de los diferentes mercados geográficos se mantuvo sin cambios desde enero de 1999. Estos análisis también se encuentran ausentes en la Resolución Sancionatoria, a pesar de que una de las empresas presentó evidencia de que su capacidad productiva había efectivamente variado durante el periodo de análisis (ver Tabla 4).

Por otro lado, durante el proceso las empresas manifestaron que los informes preparados por la ST no contenían una definición adecuada del mercado relevante. Ante ello, la CLC argumentó que no se definió el mercado relevante porque ello no constituye una de las etapas de la metodología de análisis en casos de concertación. Esta respuesta resulta cuestionable de acuerdo con los criterios señalados en la Sección 3.1.1, puesto que, en aquellos casos en los que no existe evidencia directa, la conducta anticompetitiva tiene que ser deducida, para lo cual resulta imprescindible contextualizar el análisis. En efecto, al no definir el mercado relevante y tomar en cuenta a los demás demandantes de oxígeno, se está dejando de considerar información importante para el caso, como la de precios y condiciones de adquisición en el resto del mercado. Más aún porque parte del mismo está constituido por compras hechas por instituciones públicas bajo la misma modalidad de adquisición. Ello explicaría por qué la CLC no se pronuncia sobre la información de precios presentada en el Gráfico 4.

Una falla importante en la metodología de análisis de la CLC es que no se señala cuál debería ser la conducta que debería esperarse de una empresa que maximiza utilidades de manera individual, paso necesario para identificar conductas incompatibles con la participación en un mercado competitivo. Por ejemplo, la CLC interpreta que el hecho de que durante el cuarto proceso (cuando ESSALUD redujo sustancialmente las barreras a la entrada) todos los ofertantes hayan reaccionado a la entrada de competidores reduciendo precios constituye evidencia de coordinación entre los ofertantes.

3.2.2 La capacidad explicativa de la hipótesis de colusión

Como se ha visto en secciones anteriores, la hipótesis de colusión no puede explicar tres aspectos claves de la evidencia del caso: i) la razón por la cual las empresas se autodescalificaban, si ello no era necesario para que las licitaciones sean válidas; ii) por qué las empresas mantendrían un acuerdo colusorio que no era capaz de generarles beneficios mayores que un mercado competitivo; y iii) la información de precios que evidencia que ESSALUD ejerció poder de mercado durante el periodo analizado.

Los dos primeros aspectos ya fueron explicados en esta sección. Con respecto al tercero, el análisis de la información mostrada en el Gráfico 4 permite concluir lo siguiente:

1. Los precios promedio pagados por ESSALUD estuvieron por debajo de aquellos pagados por el resto del mercado medicinal durante todo el periodo de análisis, a excepción de dos años en el caso del oxígeno líquido.
2. La tendencia de los precios cobrados a ESSALUD es similar a la de los precios cobrados al resto de demandantes de oxígeno medicinal, un hecho que es difícilmente explicable sin suponer que el acuerdo colusorio se extendía también al resto del mercado medicinal. No existe ningún indicio de ello.
3. La evolución de la diferencia entre los precios cobrados a ESSALUD y al resto de demandantes demuestra que ESSALUD ejerció poder de mercado durante el periodo analizado (al menos desde 2002). En el caso de oxígeno gaseoso, el Gráfico 4 muestra que el diferencial entre los precios cobrados a esta institución y al resto de demandantes se incrementó sustancial y sostenidamente a partir de 2002. En este año, Praxair cobró en promedio al resto de demandantes 9.8% más que a ESSALUD por metro cúbico, diferencia que se incrementó a 60.9% en 2004 (año en que habría cesado la colusión) y a más del 100% en 2006. En este escenario, el agente que está ejerciendo poder de mercado es el comprador, pues paga precios cada vez menores que el resto de demandantes del mercado. Esta evidencia cuestiona seriamente la validez de la hipótesis de colusión, pues es imposible que un agente ejerza poder de mercado y, simultáneamente, sea víctima de una colusión.

3.2.4 Las implicaciones de la hipótesis de colusión

La hipótesis de colusión implica necesariamente que la conducta de la empresa más grande del mercado careció de lógica económica, pues i) se habría coludido con otras que representaban el 10% y 15% del mercado, para perder participación en el mismo (ver Gráfico 3), obteniendo precios cada vez menores en comparación con el resto de demandantes (ver Gráfico 4), en procesos en los que ofertaba el mínimo legal (ver Tabla 3).

4. CONCLUSIONES

Como se señala en la Sección 3, es bastante difícil probar la existencia de un acuerdo colusorio cuando no se cuenta con evidencia directa, pues se debe demostrar que la hipótesis de colusión es la única que explica razonablemente los hechos del caso. Como se ha demostrado en este artículo, ello no fue posible en el caso bajo estudio ya que, por un lado, dicha hipótesis no puede explicar tres aspectos clave de la evidencia y, por otro, la misma implicaría que la conducta de las empresas acusadas careció de lógica económica. Por lo tanto, a pesar de los indicios identificados, el caso debió ser desestimado.

5. BIBLIOGRAFÍA

- CLC (2008): *Expediente 002-2008/CLC*. Expediente público. Comisión de Libre Competencia del INDECOPI. Lima.
- Ivaldi, Marc; Brunno Jullien, Patrick Rey y Jean Tirole (2003): *The Economics of Tacit Collusion*. Final Report for the DG Competition, European Commission.
- OECD (2006) *Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement*. Organization for Economic Co-operation and Development: Paris.