

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

SENTENCIA N° 79/2008.

Santiago, diez de diciembre de dos mil ocho.

VISTOS:

1. A fojas 39, con fecha 13 de junio de 2007, el señor Enrique Vergara Vial, Fiscal Nacional Económico, en adelante FNE, formuló requerimiento en contra de MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. (MK), Productos Bituminosos S.A. (PB o Probisa) y Química Latinoamericana (QL), fundada en que éstas se habrían puesto de acuerdo en los precios y otras variables competitivas con el objeto de hacer fracasar la licitación pública ID N° 2239-63-LP06, publicada por la Dirección de Compras y Contratación Pública (DCCP) el 6 de octubre de 2006 en el portal www.chilecompra.cl, solicitada por la Dirección RM de Vialidad, para la adquisición de mezcla asfáltica en frío para tapar los baches de 29 comunas de la RM, en adelante la Licitación.

1.1. La FNE señala que -de haber sido exitosa- la Licitación habría implicado un cambio en las condiciones vigentes con anterioridad ya que, por un lado, se efectuaba en modalidad de Convenio Marco, y por otro, consideraba condiciones que hasta entonces no existían.

La modalidad de Convenio Marco suponía que todos los oferentes que obtuvieran los puntajes mínimos definidos en la Licitación incorporaban sus productos a un catálogo electrónico (Chilecompra Express) que debe ser utilizado en forma preferente por los municipios o entidades públicas demandantes (Entidades). Ello implica que las Entidades deben consultar dicho catálogo antes de efectuar licitación pública, privada o contratación directa; alternativas a las que sólo pueden recurrir en la medida que les permitan acceder a condiciones más ventajosas que las establecidas en el Convenio Marco.

Entre las nuevas condiciones, la FNE señala que las Bases de la Licitación (Bases) contemplaban la entrega de boletas de garantía, multas por atraso, descuentos por volumen, derecho a devolución, capacitaciones y asistencia técnica.

1.2. La FNE explica que, de acuerdo a las Bases, el plazo del Convenio Marco a que daba origen la Licitación era de 6 meses (renovables automáticamente), que el precio ofertado se mantenía vigente durante toda su vigencia (podían hacer ofertas en el catálogo), el o los proveedores adjudicados solo podían relacionarse con las Entidades a través del catálogo, si ofrecían un mejor precio debían

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

reflejarlo en el catálogo, no podían rechazar ordenes de compra, los precios debían incluir el transporte dentro de la región de origen del proveedor (cotizando el flete a regiones), la modalidad de pago era a 30 días, debían aceptar devoluciones por no uso con un límite del 10% del total comprado, se prohibía la subcontratación y no se señalaba un monto total estimado.

La DCCP adjudicaría por ítem ofertado a todos aquellos oferentes que obtuvieran 65 o más puntos. El precio ofertado tenía una ponderación del 60% y el descuento por volumen una equivalente al 40%. Las ofertas debían presentarse respecto de cada formato por separado: bolsas de 20 kg, tambores de 300 kg y granel.

1.3. Según la FNE, las requeridas estimaban que las Bases eran leoninas y que algunas de las condiciones establecidas en ellas eran imposibles de cumplir, por lo que convinieron hacer fracasar la Licitación por la vía de no ofrecer descuentos por volumen, conviniendo, además, los precios que ofertarían y los demás términos y condiciones en que participarían.

Respondiendo al acuerdo denunciado, las ofertas de cada una de las requeridas, para cada uno de los formatos comprendidos en la Licitación, fueron las siguientes:

	Saco de 20 Kg PR: \$ 3.500	Tambor de 300 Kg PR: \$ 50.000	Granel PR: \$95.000/ton
MK	6.000	No ofreció	\$ 250.000
QL	6.010	No ofreció	\$ 250.000
PB	6.030	No ofreció	\$ 250.000

Fuente: Antecedentes en que se funda el requerimiento.

La FNE observa que: (i) los precios ofertados por el saco de 20 kg. son muy similares entre sí y superiores al precio de referencia; (ii) ninguna de las proponentes formuló ofertas para la provisión de la mezcla en tambores de 300 kg. (iii) todas las requeridas informaron el mismo precio para la tonelada de producto a granel; (iv) ninguna de las proponentes ofreció descuentos por volumen; (v) ninguno de los oferentes informó plazos de entrega, reposición ni recargos por flete para regiones distintas de su región de origen (Región Metropolitana), salvo QL que formuló oferta para la V Región donde también cuenta con planta de producción; y, (vi) las capacidades mensuales de producción informadas fueron muy similares: MK 80 ton. PB 85 ton. y QL 90 ton.

Expresa que el acuerdo antes referido tuvo el efecto perseguido por las requeridas de que la Licitación fuera declarada desierta, lo cual permitió mantener las condiciones de contratación vigentes hasta entonces, conforme con las cuales las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Entidades efectuaban una licitación o contratación directa para cada adquisición de mezcla asfáltica, sin que fuera posible mejorar las condiciones de compra.

1.4. En cuanto al mercado relevante, la FNE señala que el mercado de producto corresponde a la mezcla asfáltica en frío para bacheo, que se caracteriza por ser un producto homogéneo, no requerir preparación, tiempos de espera o secado tras su aplicación, ni personal técnico calificado.

Desde el punto de vista geográfico, señala que el mercado relevante es nacional por cuanto las Entidades pueden satisfacer su demanda adquiriendo el producto de oferentes domiciliados en otras comunas o ciudades.

1.5. La FNE señala que, de acuerdo con el Instituto Chileno del Asfalto, en este mercado participan cinco oferentes, que son las tres requeridas, Dynal Industrial S.A. (Dynal) y Asfaltos Chilenos S.A. (ACH). Sin embargo, Dynal había dejado de producir mezcla asfáltica en frío a la fecha de la Licitación, y el producto de Asfaltos Chilenos S.A. no reunía las especificaciones técnicas establecidas en las Bases.

Inserta un cuadro con la evolución de las participaciones de mercado de los cinco oferentes antes mencionados entre los años 2004 y 2006, concluyendo que se trata de un mercado altamente concentrado.

1.6. En cuanto a la demanda, la FNE señala que el principal demandante de mezcla asfáltica en frío para bacheo es la Administración del Estado, precisando que QL y MK venden más del 70% de su producción a entidades públicas, mientras que PB algo menos del 40%. No obstante lo anterior, explica la FNE, la demanda del Estado está atomizada ya que cada entidad efectúa sus propias licitaciones o contrataciones.

La requirente inserta un cuadro con las licitaciones efectuadas en el portal www.chilecompra.cl a partir del 2004. Destaca que, en su mayoría, las bases de esas licitaciones carecían de exigencias tales como boletas de garantía, multas por atraso o descuentos por volumen.

1.7. Con respecto a las condiciones de entrada, la FNE señala que sólo las requeridas estaban en condiciones de presentar ofertas y que las importaciones o el ingreso de nuevos actores era improbable atendido el exiguo plazo para presentar ofertas, el tiempo y costo de adquirir y desarrollar los aditivos necesarios para cumplir las especificaciones técnicas de las Bases, los costos de fletes, la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incertidumbre respecto de la cantidad demandada, y las exigencias de asistencia técnica y capacitación en terreno.

1.8. Según la FNE, los hechos que acreditan la existencia de un acuerdo entre las requeridas para hacer fracasar la Licitación son siguientes:

- (i) Entre enero y octubre de 2006 hubo gran dispersión en los precios ofertados en las licitaciones. La FNE inserta cuadros que muestran que los precios promedio cobrados por las requeridas en dicho periodo son más bajos que los ofertados en esta Licitación, y que tanto la desviación estándar como las diferencias promedio entre esos precios eran mucho mayores en las licitaciones anteriores. A partir de lo anterior y de la circunstancia de que los incrementos en los precios no aparecen justificados en costos, la FNE concluye que en esta Licitación las requeridas uniformaron sus precios por sobre los de mercado.
- (ii) Entre la publicación y la apertura de las propuestas de la Licitación, las requeridas sostuvieron conversaciones telefónicas en, al menos, 44 oportunidades, presumiblemente acerca del precio a ofertar. Las explicaciones dadas por MK y QL de que debían cotizar a PB el producto a granel para presentarse a la Licitación no justifican que todas se hayan presentado con el mismo precio.
- (iii) Sólo un acuerdo explica que todas las requeridas se presentaran a la Licitación con el mismo precio en el formato a granel, ya que ese precio es muy superior al de mercado y podrían haber competido sacrificando el “jugoso” margen de distribución que, según las requeridas, les ofrecía PB (35%).
- (iv) Ninguna de las requeridas ofertó descuentos por volumen a sabiendas de que, al no hacerlo, no alcanzarían el mínimo de 65 puntos.
- (v) Las requeridas manifestaron su disconformidad con las condiciones exigidas por la Licitación y dos de ellas habrían optado en algún momento por no participar (MK y PB).

1.9. Además de lo anterior, la FNE sostiene que existían mecanismos de castigo en caso de desvío del acuerdo. Explica que facilitó el acuerdo la circunstancia de que en caso que uno de los integrantes del acuerdo presentara una oferta que lo hiciera entrar al catálogo, las otras podían incentivar a las Entidades a intentar obtener mejores condiciones por medio de licitaciones fuera del catálogo. Si ello

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ocurría, la empresa que estuviera dentro del catálogo vería limitada sus posibilidades de competir porque debería extender al catálogo las condiciones que ofreciera fuera del mismo.

Este mecanismo y las condiciones de ingreso anteriormente referidas habrían facilitado el acuerdo entre las requeridas.

1.10. Finalmente, la FNE argumenta que las conductas descritas infringen el artículo 3º del DL 211, particularmente la letra a), conducta que es de la mayor gravedad y censurable por sí misma, citando jurisprudencia nacional y extranjera que así lo establecería.

1.11. Por todo lo anterior, la FNE solicita que, en definitiva, este Tribunal: (i) declare que las requeridas infringieron el artículo 3º del DL N° 211, al sostener un acuerdo sobre precios y otras variables competitivas con el objeto de hacer fracasar la Licitación; (ii) sancione a PB, QL y MK con multas ascendentes a 400, 200 y 50 Unidades Tributarias Anuales, respectivamente, o el monto que este Tribunal determine; (iii) prevenga a las requeridas cesar en las conductas y no realizarlas en el futuro, bajo apercibimiento de ser consideradas reincidentes; y (iv) condene en costas a las requeridas.

2. A fojas 91, con fecha 20 de julio de 2007, MK contestó el requerimiento de autos, solicitando que sea rechazado, con costas, por las razones que señala.

2.1. MK expone en su contestación que, debido al exiguo plazo otorgado para estudiar las 16 páginas en que constaban las Bases -que en la práctica se reducía a sólo 3 días para formular preguntas y menos de 10 para ofertar, fue citada junto a otras empresas a una reunión en la cual dejó constancia de lo leoninas que eran esas Bases y de sus aprensiones al respecto.

2.2. Agrega esta requerida que, además de los exiguos plazos, la Licitación tenía las siguientes falencias que hacían inviable el negocio y que planteó a la DCCP:

- (i) No era posible cotizar el flete a regiones, ya que ningún fletero conserva los precios por el plazo del contrato, en algunas regiones unos municipios están a gran distancia de otros, no es lo mismo en bolsas que a granel, ni camión completo que carga consolidada; y
- (ii) El monto de la garantía era excesivo y podía hacerse efectiva por una serie de imponderables no atribuibles al proveedor.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.3. Señala que, aunque sabía que el precio la hacía quedar fuera, participó en la Licitación porque la publicación en la página de Chilecompra le permitía dar a conocer su producto y las condiciones bajo las cuales estaba dispuesta a venderlo.

2.4. Precisa esta requerida que nunca pretendió hacer fracasar la Licitación, pero su resultado habría sido el mismo porque modificaba la forma como operaba el mercado, tal como reconoce la FNE.

2.5. MK justifica las conversaciones telefónicas con PB y QL, en que tales empresas la proveen de una materia prima (MC-250) para el producto, pero niega haber conversado respecto del formato a granel.

2.6. Señala que no ofreció descuentos por volumen porque su experiencia es que las municipalidades no compran más de 300 sacos de una vez y porque, para aprovechar el descuento, podrían intentar comprar la mayor cantidad posible y hacer uso del derecho establecido en las Bases de devolver el 10% de lo comprado.

2.7. Explica que para que una conducta pueda ser contraria a la libre competencia es necesario que produzca un resultado dañino para el mercado, añadiendo que esta Licitación fracasó porque Chilecompra desconoce el mercado.

La conducta consistente en participar en una licitación jamás ha tenido o pudo tener como consecuencia fijar precios, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado

2.8. Agrega que Chilecompra no cumplió su objetivo de alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios y costos del bien, al no considerar los efectos que las condiciones impuestas tendrían sobre el mercado.

En este sentido, señala que quien sí atentó contra la libre competencia es Chilecompra, porque los organismos públicos representan el 70% de los compradores y la fijación de precios y condiciones de compra gravosas a los productores es constitutiva de abuso de posición dominante.

2.9. Por último, señala que si su representada hubiese querido hacer fracasar la Licitación, el único acuerdo efectivo habría sido simplemente no participar en ella.

3. A fojas 98, con fecha 24 de julio de 2007, PB contestó el requerimiento de autos, solicitando que sea rechazado, con costas, por las razones que señala.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.1. En primer término, PB señala que no existe la colusión pretendida por la FNE. Explica que participó en la Licitación porque horas antes del vencimiento de los plazos para hacerlo, fue requerida y presionada telefónicamente a presentar oferta por un funcionario de Chilecompra.

3.2. PB agrega, en segundo lugar, que el presunto acuerdo no afectó la libre competencia ya que antes de la Licitación había un mercado competitivo que ésta pretendía modificar. Indica que el supuesto acuerdo tampoco podía afectar la libre competencia porque el Convenio Marco a que habría dado lugar la Licitación no obligaba a las Entidades, a menos que contemplara condiciones más ventajosas que las que pudieran obtener mediante licitación privada, pública o trato directo.

3.3. En relación con las condiciones de ingreso, PB señala que no existen barreras de entrada, dado que algunos Municipios han avanzado hacia cierta integración vertical y el número de participantes es creciente (identificando 15 nuevos oferentes en Chilecompra desde 2005), existiendo incluso un oferente que recientemente ingresó al mercado y que se adjudicó un volumen promedio próximo al de PB. Agrega que producir, tener licencia o aditivos no era requisito para participar en la Licitación, de modo que revendedores como Dynal y ACH podían hacerlo.

3.4. Con respecto a la definición de mercado relevante, PB señala que la definición propuesta por la FNE es errada. Así, en cuanto al mercado de producto, PB sostiene que corresponde no sólo a la mezcla asfáltica en frío para bacheo, sino a todos aquellos productos que sirven para tapar baches y que satisfacen, por lo tanto, la misma necesidad que ésta.

Añade que, en todo caso, las condiciones de compra de las Bases determinan un bien que es más que la sola definición del producto, ya que impone obligaciones y costos adicionales y difícilmente calculables, tales como asistencia técnica, capacitación, limitación de canales de distribución, precio más favorable, boleta de garantía, reposición y devoluciones.

Desde el punto de vista geográfico, PB destaca que las Bases no especificaban si las 29 municipalidades o eran o no de la Región Metropolitana.

3.5. PB agrega que la supuesta colusión no tiene racionalidad para ella, ya que las ventas de mezcla asfáltica en frío representan una proporción insignificante de sus ventas (2,56% en valor y 4,52% en volumen). Por otra parte, dado que PB sería la proveedora del producto a granel, sea quien sea que se adjudicara la Licitación, tenía todos los incentivos para que ésta no fracase.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.6. Indica que es falso que la Licitación obligara a efectuar descuentos por volumen, toda vez que: (i) de acuerdo con las Bases era un derecho ofertar o no tales descuentos, citando el punto N° 4 de las mismas; (ii) el ofrecimiento de descuentos por volumen sin consideración de costos puede ser reprochada desde la perspectiva de la libre competencia; y, (iii) la DCCP se reservó el derecho de adjudicar y/o declarar inadmisibles cualquiera de las ofertas.

3.7. Explica que ninguno de los participantes formuló oferta en formato de tambores de 300 kg. porque es una presentación que se trata de evitar por razones de seguridad.

3.8. Con respecto a los contactos telefónicos, PB aduce que éstos se explican porque QL y MK le cotizaron la mezcla a granel y no habría sido ésta la primera vez que PB les vendía.

3.9. Por otra parte, PB sostiene que las comparaciones que hace la FNE entre los precios ofertados en esta Licitación y los precios promedio de las licitaciones anteriores no consideran las diferentes exigencias establecidas en ellas, y que los costos y riesgos financieros entre una y otras no tienen comparación.

Inserta un cuadro con el número de propuestas y adjudicaciones efectuadas por cada oferente entre 2004 y 2007, a partir del cual concluye que su comportamiento histórico acredita su independencia de gestión.

3.10. Sostiene esta requerida que la única colusión y cartelización que existió en la Licitación fue la coordinada por el lado de la demanda mediante Chilecompra, no solo para obtener un mejor precio, sino condiciones de venta que ninguna municipalidad ha exigido antes y que ningún oferente ha entregado.

3.11. PB argumenta que si hubiese habido colusión, habrían ocurrido omisiones y no actos, pues lo racional habría sido no presentar ofertas, en cuyo caso el resultado habría sido el mismo.

3.12. Sin perjuicio de que al no haber infracción no corresponde aplicar una sanción, hace presente que las multas solicitadas por la FNE son arbitrarias porque: (i) la multa solicitada respecto de PB representa entre el 58 y 128% del tamaño total anual del mercado, mientras que el conjunto de sanciones pedidas respecto de las tres requeridas representa entre el 92 y el 200% de ese tamaño total anual; y, (ii) se solicitan sanciones que en sus extremos están en relación 8 a 1, en circunstancias que se atribuye idéntico grado de participación a las 3 requeridas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4. A fojas 123, con fecha 27 de julio de 2007, QL contestó el requerimiento de autos, solicitando que sea rechazado, con costas, por las razones que señala.

4.1. QL explica que la Licitación en modalidad de Convenio Marco no obligaba a las Entidades a comprar a los adjudicatarios, pudiendo hacerlo libremente con terceros. Solo se obligaba el oferente seleccionado respecto de un volumen indeterminado a formular una oferta unilateral de venta por un plazo determinado y la DCCP a incorporar su oferta en el catálogo.

4.2. En cuanto a la oferta en el mercado relevante, QL señala que existen numerosos actores en este mercado, citando entre éstos a Dynal, ACH, Clasa S.A. La Roca, Servicios Mineros y Cia. Limitada, Distribuidora Colón Limitada, Singel Limitada y Electronor S.A.

4.3. QL señala que los hechos en los que se basa la FNE para estimar que se encuentra acreditado un acuerdo son erróneos, equívocos o falsos, haciéndose cargo de ellos en los siguientes términos:

- (i) En cuanto a la similitud de las ofertas a que alude la FNE, explica que: El precio que ofertó por los sacos de 20 kg. es diferente del ofertado por PB y MK, y la diferencia con respecto al precio de referencia se explica por las diferencias existentes entre esta Licitación y las anteriores, destacando entre tales diferencias la modalidad de Convenio Marco, la exigencia de boleta de garantía, obligaciones de mantener invariables los precios por 6 meses en circunstancias que los costos son muy volátiles, de reducir el precio en caso de ofrecer uno menor fuera del catálogo, de pagar multas por atraso excesivas, de reponer el producto en caso de falla, daño o diferencia en su entrega, de recibir devoluciones de hasta un 10% del producto, de proporcionar asistencia técnica y capacitaciones que involucran costos desconocidos y de vender sin tener asegurado el pago. Además, agrega, el adjudicatario siempre podía mejorar las condiciones comerciales ofrecidas durante la vigencia del convenio.

Con respecto al formato a granel, QL explica la coincidencia con los precios ofertados por PB y MK en que QL no fabrica ese producto, por lo que lo cotizó a PB y decidió quedarse con todo el margen por las mismas diferencias entre esta Licitación y las anteriores ya señaladas.

- (ii) Con respecto a la cuantía de las alzas de precio, justifica éstas en las condiciones de la Licitación, explicando que se vio obligada a incrementar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los precios a fin de que los márgenes cubrieran los mayores riesgos involucrados.

- (iii) Explica las conversaciones con PB previas a la Licitación, en la circunstancia de que ambas son socias en Aspesa S.A. y Dasa S.A., y porque le cotizó a PB el producto a granel para poder participar. Sostiene que las conversaciones con MK se deben a que QL le vende habitualmente materias primas (MC-250).
- (iv) Con respecto a que dos oferentes manifestaron que no participarían en la Licitación y después lo hicieron (MK y PB), QL señala que el supuesto es absurdo porque para que implicara colusión sus competidores habrían debido convencerla a ella de que tampoco participe, pero eso no fue lo que ocurrió.
- (v) En cuanto a los descuentos por volumen, afirma: (i) que no es efectivo que de no ofertar descuentos por volumen no podría adjudicarse la Licitación o que de hacerlo se la fuera a adjudicar, ya que las Bases contemplaban la facultad de la DCCP de adjudicar aunque no se cumplieran los requisitos o condiciones o de declararla desierta si las ofertas no se ajustaban a sus intereses; y, (ii) que existen razones económicas para no ofertar descuentos por volumen porque QL no los recibe de sus proveedores y los montos involucrados no alcanzan para ese tipo de descuentos.
- (vi) En cuanto al supuesto castigo en caso de desvío, QL señala que no es efectivo que el adjudicatario debiera incorporar al catálogo los mejores precios que ofreciera fuera del mismo, ya que para que ello fuera así habrían de darse las mismas condiciones de la Licitación en cuanto a garantías, multas y otras.

4.4. QL señala que no se le puede atribuir una infracción a la libre competencia por haber ofertado de manera diferente al deseo del licitante, si las Bases de Licitación contemplaron condiciones y modalidades diferentes a aquellas que habían existido con anterioridad.

4.5. Señala que actuó de buena fe, que el requerimiento se basa en elucubraciones que su representada no habría sido capaz de imaginar, que jamás intentó o pretendió coludirse con los demás oferentes y menos aún que la Licitación fuere declarada desierta, haciendo presente una sentencia de la Excma. Corte Suprema conforme con la cual debe concurrir voluntad o dolo para configurar el ilícito de colusión.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.6. Señala esta requerida, al igual que las otras, que si hubiese querido hacer fracasar la Licitación no habría participado. Agrega que, por el contrario, sus actos han tenido como propósito participar en una licitación con el objeto de adjudicársela.

4.7. Sin perjuicio de que al no haber infracción no corresponde aplicar una sanción por no haber infracción, hace presente lo siguiente en relación con el monto de la multa: (i) la multa pedida por la FNE a su respecto equivale a las ventas anuales que QL realiza de estos productos y representa alrededor de 10 veces los beneficios que percibe anualmente por las mismas; (ii) en este caso no hay beneficio económico de la supuesta infracción porque, al contrario de lo sostenido por la FNE, mantener el sistema anterior no traía ningún beneficio a QL, sino que la obligaba a mantener una dura y continua competencia con el resto de los actores del mercado, que está compuesto por otros siete fabricantes, productores o distribuidores, todos ellos activos participantes en licitaciones; y, (iii) tampoco se trata de una conducta grave, porque el efecto de que la Licitación haya sido declarada desierta sólo ha sido continuar con las licitaciones normales en un mercado ampliamente competitivo.

5. A fojas 146, con fecha 1º de agosto de 2007, se recibió la causa a prueba, fijándose como hecho substancial, pertinente y controvertido: “Existencia de un acuerdo en relación con el precio u otras condiciones comerciales ofertadas por las requeridas en la licitación pública ID N° 2239-63-LP06, publicada en el portal Chilecompra el 6 de octubre de 2006. Objeto y efecto que produciría dicho acuerdo en el mercado en el que incide la licitación indicada y circunstancias de hecho que justificarían dichas ofertas”.

6. Documentos acompañados por las partes:

6.1. Por la FNE: A fojas 39: (i) Bases de la Licitación y Resolución Exenta N° 992B que las aprobó, de 6 de octubre de 2006; (ii) Respuestas a consultas y aclaraciones; (iii) Acta N° CM 32/2006 de 20 de octubre de 2006, y Resolución Exenta N° 1048B que declaró desierta la Licitación, de 23 de octubre de 2006; (iii) Anexos que contienen las ofertas presentadas en la Licitación por cada una de las requeridas. A fojas 189: (iv) Declaraciones prestadas ante la FNE por don Jaime Omar Castillo Mullor, don Patricio Clemente Seguel Bunster y doña Verónica Jasmín Safe Gómez, en noviembre de 2006. A fojas 482: (v) Declaraciones de funcionarios de Chilecompra prestadas ante la FNE; (vi) Denuncia realizada por el ex Intendente de la región Metropolitana, Sr. Víctor Barrueto, ante la FNE; (vii) Información de licitaciones para la adquisición de mezcla asfáltica en frío para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

batcheo, efectuados en Chilecompra para los años 2004, 2005 y 2006; (viii) Registro de llamadas de cada una de las requeridas, en que identifica las llamadas realizadas entre éstas entre la fecha de apertura de la Licitación y la apertura de las ofertas. Y, a fojas 919: (ix) Informe Económico denominado “Factibilidad del acuerdo en la licitación N° 2239-63-IP06 de Chilecompra y sus efectos en el mercado del asfalto en frío para batcheo” de Francisco Caravia.

6.2. Por MK: A fojas 91: (i) Copia de carta enviada por MEK a Chilecompra el 13 de octubre de 2006 con sugerencias, solicitud y consultas de las Bases; (ii) Órdenes de compra de MC-250, realizadas por MK entre los años 2004 y 2007; A fojas 565: (iii) Informe de contador auditor en el cual se señalan los antecedentes que MK debe considerar para participar en la Licitación; (iv) Correo electrónico mediante el cual CTC informa a las llamadas entre MK y las otras dos requeridas entre el 31 de enero de 2005 y el seis de septiembre de 2006; (v) Copia de facturas emitidas por QL y Dynal a MK; (vi) Resumen de las ventas realizadas por MK entre enero del 2004 y diciembre de 2005; (vii) Cuadros comparativos de adjudicaciones de Chilecompra de los años 2004 y 2005, con mención de los adjudicados; (viii) Bases administrativas de adquisición de asfalto en frío bajadas de Internet y certificadas por notario; y, (ix) Fax del jefe de del Departamento de Construcción de la Municipalidad de Quinta Normal el 6 de septiembre de 2006;

6.3. Por PB: A fojas 167: (i) Minuta y planilla que contiene el detalle de la determinación de los precios ofertados por PB en la Licitación. A fojas 862: (ii) CD ROM con información relativa a exigencias de las licitaciones indicadas por Chilecompra, realizadas en los años 2006 y 2007. Y, a fojas 948: (iii) Copia de las bases de una licitación convocada por la I. Municipalidad de Peñalolén, y de otra convocada por la I. Municipalidad de La Florida.

6.4. Por QL: A fojas 176: (i) Certificado emitido por Enap Refinerías S.A. el 13 de agosto de 2007; (ii) Certificado emitido por Empresas Agrep S.A. el 8 de agosto de 2007. A fojas 220: (iii) Certificados emitidos por los auditores consultores BDO en que confirman que QL no ha fabricado ni comercializado mezcla asfáltica en frío a granel, y los márgenes de utilidad neta de esta empresa. A fojas 317: (iv) Copia de la escritura pública de constitución de la sociedad “Asfaltos y Petróleos S.A.”; (v) Copia de la escritura pública de compraventa de acciones de Asfaltos Chilenos y otros a ENAP Refinerías S.A.; (vi) Copia de cinco facturas de venta emitidas por QL a MK; (vii) Copia de once actas de adjudicación de licitaciones a personas distintas de las requeridas. Y, a fojas 567: (viii) Minuta explicativa del cálculo del precio de la bolsa de 20 kg.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

7. Testimonial rendida por las partes:

7.1. Por la FNE: (i) A fojas 807, don Felipe Sebastián Goya Goddard; y, (ii) A fojas 817, don Carlos Alberto Campos Parra.

7.2. Por MK: A fojas 849, don Alberto Genaro Tobar Alvares.

7.3. Por PB: (i) A fojas 841, don Fernando Asenjo Tyrer; y, (ii) A fojas 860 bis don Ricardo Elias Urquiza Díaz.

7.4. Por QL: (i) A fojas 832, doña Hilda Marisol Gacitúa Sills; y, (ii) A fojas 837, doña Elizabeth Marlene Melipil Curamil.

8. Otras diligencias solicitadas por las partes:

8.1. Absolución de posiciones solicitada por la FNE: A fojas 192, con fecha 11 de septiembre de 2007, se ordenó a los representantes legales de las requeridas comparecer a absolver posiciones, en los términos solicitados por FNE a fojas 191. La diligencia se llevó a cabo el 8 de octubre de 2007, fecha en la que absolvieron posiciones el señor Jaime Omar Castillo Mullor (representante de PB) a fojas 577, don Patricio Clemente Seguel Bunster (representante de QL) a fojas 583, y doña Verónica Jasmin Safe Gomez (representante de MK) a fojas 589.

8.2. Exhibición de documentos solicitada por PB: A fojas 169, con fecha 5 de septiembre de 2007, se ordenó a la FNE exhibir el expediente de investigación que dio origen a esta causa, en los términos solicitados por PB a fojas 167. A fojas 490, con fecha 27 de septiembre de 2007, se llevó a efecto la exhibición decretada, por medio de la cual la FNE acompañó el expediente de investigación Rol N° 820-06, consistente en siete tomos, diversos CD ROM y siete cajas de facturas.

8.3. Oficio a la DCCP solicitado por PB: A fojas 169, con fecha 5 de septiembre de 2007, se ordenó oficiar a la Dirección de Compras y Contratación Pública (DCCP) en los términos solicitados por PB a fojas 167. Ese oficio fue contestado por la DCCP a fojas 802, con fecha 31 de octubre de 2007, adjuntando: (i) El detalle de llamadas telefónicas realizadas desde la DCCP, y las recibidas en la mesa de ayuda de Chilecompra el 19 de octubre del 2006; y (ii) Un CD que identifica y señala los precios de adjudicación de las licitaciones de mezcla asfáltica en frío para bacheo y mezcla en caliente durante los años 2005, 2006 y 2007.

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

8.4. Oficio a la I. Municipalidad de Quilicura solicitado por PB: A fojas 169, con fecha 5 de septiembre de 2007, se ordenó oficiar a la I. Municipalidad de Quilicura en los términos solicitados por PB a fojas 167.

A fojas 958 y 985, QL y la FNE, respectivamente, formularon sus observaciones respecto de la prueba rendida.

CONSIDERANDO:

En cuanto a las tachas:

Primero: Que a fojas 832, la FNE formuló tacha respecto de la testigo señora Hilda Marisol Gacitúa Sills, presentada por la parte de QL, invocando las causales establecidas en los Nos 4, 5 y 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, atendido que la testigo habría señalado que QL es un cliente importante de la empresa en la que se desempeña.

Contestando el traslado que se confirió respecto de esas tachas, QL solicitó su rechazo, con costas, atendido que: (i) la testigo habría manifestado que todos los clientes son importantes para la empresa en la que trabaja (BDO); (ii) la testigo no es dependiente de QL, sino que trabaja para una empresa que presta servicios de auditoría a QL; y (iii) las empresas auditoras son esencialmente independientes;

Segundo: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a las tachas deducidas, éstas serán rechazadas, por cuanto de los dichos de la testigo no se desprende la existencia de ninguna de las causales invocadas. Por el contrario, la testigo señaló ser dependiente de la empresa BDO Acender Auditores Consultores (BDO) y no de la parte que la presentó, añadiendo que QL representa para BDO menos del 5% de sus ingresos por ventas, y afirmó categóricamente no tener interés alguno en los resultados del juicio. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

Tercero: Que a fojas 841, la FNE formuló tacha respecto del testigo señor Fernando Asenjo Tyrer, presentado por la parte de PB, invocando las causales establecidas en los Nos 4 y 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, atendido que el testigo habría señalado ser dependiente de PB y desempeñar para ésta funciones gerenciales, con lo cual los resultados del juicio no podrían serle indiferentes.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Contestando el traslado que se confirió respecto de esas tachas, QL solicitó su rechazo, con costas. Con respecto a la causal establecida en el N° 4 del mencionado artículo 358, señala que el testigo fue quien calculó el precio con el cual PB participó en la Licitación y que nadie puede explicar dicho cálculo mejor que él. Con respecto a la causal del N° 6 de ese artículo, señala que el testigo señaló no tener interés en el resultado del juicio y aclara que PB y el testigo son personas diferentes;

Cuarto: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a las tachas deducidas, se acogerá aquella fundada en la causal establecida en el número 4° del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto el señor Asenjo señaló ser empleado de PB y ocupar el cargo de subgerente comercial de dicha empresa, de lo cual se desprende inequívocamente que, al tiempo de su declaración, prestaba habitualmente servicios retribuidos para la parte que lo presentó a declarar, y carecía de la independencia necesaria para hacerlo. Sin perjuicio de lo anterior, se rechazará la tacha deducida en su contra por la causal del N° 6 de la mencionada disposición legal, dado que la circunstancia en la que se funda, esto es la calidad de dependiente que tiene el testigo, lo priva de independencia pero no necesariamente de imparcialidad;

Quinto: Que a fojas 849, la FNE formuló tacha respecto del testigo señor Alberto Genaro Tobar Alvares, presentado por la parte de MK, invocando la causal establecida en el N° 4 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil.

Contestando el traslado que se confirió respecto de esa tacha, QL solicitó su rechazo, con costas, atendido que el testigo no es dependiente de la parte que lo presenta, y que los servicios que presta a MK son asesorías profesionales que no se asimilan a los prestados por trabajadores dependientes;

Sexto: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha deducida, ésta será rechazada, por cuanto de los dicho del testigo no se desprende la existencia de la causal invocada ya que, por el contrario, éste señaló ser dependiente de la empresa Aceros Casasempere Ltda. y no de la parte que lo presentó. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 2 11;

Séptimo: Que a fojas 860 bis, la FNE formuló tacha respecto del testigo señor Ricardo Elías Urquiza Díaz, presentado por la parte de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

PB, invocando la causal establecida en el N° 4 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil atendido que, conforme lo declarado por el testigo, éste tiene la calidad de dependiente de la parte que lo presenta a declarar.

Contestando el traslado que se confirió respecto de esa tacha, PB solicitó su rechazo, con costas, señalando que, si bien existe vínculo de dependencia entre el testigo y PB, el señor Urquiza viene a declarar sobre hechos personales y que su testimonio es relevante porque participó en los hechos que motivan el requerimiento;

Octavo: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha deducida, ésta se acogerá por cuanto el señor Urquiza señaló ser empleado de la parte que lo presentó a declarar, de lo cual se desprende inequívocamente que, al tiempo de su testimonio, prestaba habitualmente servicios retribuidos para PB y, por consiguiente, carecía de la independencia necesaria para declarar como testigo;

En cuanto al fondo:

Noveno: Que la FNE imputa a las requeridas el haberse coludido en los precios y otras variables competitivas con el objeto de hacer fracasar la licitación pública ID N°2239-63-LP06 solicitada por la Dirección RM de Vialidad para la adquisición de mezcla asfáltica en frío para tapar los baches de 29 comunas de la Región Metropolitana, en adelante la Licitación. La FNE funda su requerimiento en las razones que se expusieron en los puntos 1.1. 1.2 y 1.3. de la parte expositiva de este fallo;

Décimo: Que según se desprende del requerimiento de la FNE, la existencia de un acuerdo entre las requeridas para hacer fracasar la Licitación estaría acreditada por los siguientes hechos:

(i) La coincidencia y similitud de los precios y demás condiciones ofertadas por las requeridas en la licitación materia de autos, en comparación con la dispersión en los precios ofertados en licitaciones anteriores realizadas entre enero y octubre de 2006;

(ii) La circunstancia de que los precios ofrecidos por las requeridas en la licitación materia de autos son superiores a los precios promedio cobrados por éstas en licitaciones anteriores, sin que esa diferencia aparezca justificada en costos;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En este contexto, la FNE afirma que sólo un acuerdo explica: (a) que los precios ofertados por los sacos de 20 kg. sean muy similares entre sí y superiores al precio de referencia; y, (b) que las requeridas se presentaran con el mismo precio en el formato a granel, ya que ese precio es muy superior al de mercado y podrían haber competido sacrificando el margen de distribución que PB ofrecía a MK y QL, de un 35%;

(iii) El hecho de que las requeridas coincidieron en otros aspectos de sus ofertas, tales como: (a) no ofrecer descuentos por volumen a sabiendas de que, al no hacerlo, no alcanzarían el mínimo de 65 puntos; (b) no señalar plazos de entrega, reposición ni recargos por flete para regiones distintas de su región de origen; y, (c) informar capacidades de producción muy similares;

(iv) La existencia de numerosas conversaciones telefónicas sostenidas por las requeridas entre el llamado a la Licitación y la apertura de las propuestas. La FNE afirma que las requeridas sostuvieron conversaciones telefónicas en, al menos, 44 oportunidades, presumiblemente, acerca del precio y productos a ofertar.

(v) La circunstancia de que las requeridas manifestaron su disconformidad con las condiciones exigidas por la Licitación y dos de ellas, MK y PB, habrían optado en algún momento por no participar, sin perjuicio de lo cual igualmente presentaron ofertas;

Undécimo: Que, además, la FNE sostiene que facilitó el acuerdo la existencia de barreras de entrada al mercado y mecanismos de control o castigo en caso de que uno de los participantes se desviara o incumpliera el acuerdo, presentando una oferta que le permitiera adjudicarse la Licitación. Todo lo anterior configuraría, a juicio de la FNE, una infracción al artículo 3º del D.L. Nº 211, por lo que solicitó que se sancione a PB, QL y MK con multas diferenciadas en la forma que se indica en el punto 1.11 de lo expositivo, se prevenga a las requeridas cesar en las conductas y no realizarlas en el futuro, y se les condene en costas;

Duodécimo: Que al contestar el requerimiento, MK solicitó su rechazo por las razones indicadas en los puntos 2.1 al 2.9 de la parte expositiva ya transcrita que, en síntesis, consisten en negar su participación en conductas contrarias a la libre competencia, y justificar cada uno de los argumentos expuestos por la FNE, concluyendo que si hubiese querido hacer fracasar la Licitación, el único acuerdo efectivo habría sido simplemente no participar en ella;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimotercero: Que a fojas 98, PB contestó por su parte el requerimiento argumentando que no existe la colusión pretendida, ya que sólo participó en la Licitación porque horas antes del vencimiento de los plazos para hacerlo, fue requerida y presionada telefónicamente a presentar oferta por un funcionario de Chilecompra. Los fundamentos de PB para solicitar el rechazo del requerimiento están contenidos en los puntos 3.2 al 3.12 de la parte expositiva de esta sentencia y, en ellos insiste, al igual que MK, en que si hubiese habido colusión, habrían ocurrido omisiones y no actos, pues lo racional habría sido no presentar ofertas, en cuyo caso también habría fracasado la Licitación y el resultado habría sido el mismo. Finalmente, hace un análisis de las multas propuestas señalando que ellas son arbitrarias y se solicitan sanciones que en sus extremos están en relación 8 a 1 en circunstancias que se atribuye igual grado de participación a las 3 requeridas;

Decimocuarto: Que por su parte, a fojas 123, QL contestó el requerimiento, señalando, en síntesis, que los hechos en los que se basa la FNE para estimar acreditado un acuerdo son erróneos, equívocos o falsos, explicando las razones de su aserto. Además, al igual que MK y PB, señala esta requerida que si hubiese querido hacer fracasar la Licitación simplemente no habría participado, e indica que participó de buena fe con el propósito de adjudicarse la Licitación;

Decimoquinto: Que, tal como ha resuelto este Tribunal con anterioridad (Sentencia N° 74/ 2008), para configurar el ilícito de colusión que sanciona el Decreto Ley N° 211, se requiere acreditar: (a) la existencia de un acuerdo entre competidores; (b) la incidencia de ese acuerdo en algún elemento relevante de competencia; y, por último (c) la aptitud objetiva de ese acuerdo para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del mencionado Decreto Ley, basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado;

Decimosexto: Que por lo tanto, y considerando que tanto la existencia como la idoneidad del acuerdo para afectar la libre competencia fueron controvertidas en el período de discusión, este Tribunal recibió la causa a prueba, fijando como hecho substancial, pertinente y controvertido el siguiente: *Existencia de un acuerdo en relación con el precio u otras condiciones comerciales ofertadas por las requeridas en la licitación pública ID N° 2239-63-LP06, anunciada en el Portal Chilecompra el 6 de octubre de 2006. Objeto y efecto que produciría dicho*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

acuerdo en el mercado en el que incide la licitación indicada y circunstancias de hecho que justificarían dichas ofertas;

Decimoséptimo: Que, con respecto a la idoneidad del presunto acuerdo para lesionar la libre competencia, esto es, para identificar los efectos que la convención cuestionada habría producido o era objetivamente idónea para producir, es preciso tener en cuenta que la Licitación en cuestión tenía la modalidad Convenio Marco, por lo que los efectos de un acuerdo colusivo se producirían en el mercado de producto en una época posterior a la Licitación.

Decimoctavo: Que lo anterior se debe a que esta modalidad de licitación seleccionaba las mejores ofertas según parámetros establecidos, para incluirlas en un catálogo que debía ser consultado en forma preferente por los municipios o entidades públicas (Entidades) que desearan adquirir alguno de los productos incluidos en él, durante el período de vigencia del mismo que, en este caso, era de 6 meses, tal como consta en las Bases. Por consiguiente, los clientes de mezcla asfáltica en frío para bacheo no estaban obligados a comprar a los adjudicatarios y eran, en cambio, libres de hacerlo a otras empresas proveedoras de este producto en la medida que les ofrecieran mejores condiciones que las del catálogo;

Decimonoveno: Que, por lo tanto, de haber sido exitosa la Licitación, las empresas adjudicatarias habrían seguido compitiendo después de ésta con todas las otras empresas proveedoras del producto. Por lo tanto, los precios que habrían aparecido en dicho catálogo, en la práctica, sólo habrían funcionado como una fijación de precios máximos para las empresas que podrían haberse adjudicado la Licitación. Además, como ya se adelantó, al existir la posibilidad de realizar las compras de mezcla asfáltica en frío para bacheo a empresas que no participaron, o participaron pero no se adjudicaron la Licitación, la competencia relevante es la que se daría después de los resultados de la Licitación;

Vigésimo: Que, después de la Licitación, las Entidades eran libres de adquirir otros productos que fueran capaces de cumplir la misma finalidad que la mezcla asfáltica en frío para bacheo, como ocurriría, de acuerdo con lo señalado por PB, con la mezcla asfáltica en caliente;

Vigésimo primero: Que en cambio, la FNE señaló que la mezcla asfáltica en caliente, si bien sirve para la misma finalidad, es un producto con características diferentes de las que posee la mezcla asfáltica en frío, ya que esta

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

última no requiere preparación, tiempos de espera o secado tras su aplicación, ni personal técnico calificado;

Vigésimo segundo: Que este Tribunal no cuenta con antecedentes suficientes como para determinar el grado de sustitución que existiría entre ambos productos, pues las partes no rindieron pruebas en tal sentido. Sin embargo, considerando que no es controvertido que se trata de productos que satisfacen una misma necesidad, es razonable suponer que la mezcla asfáltica en caliente introduce cierta presión competitiva en el mercado de la mezcla asfáltica en frío para bacheo;

Vigésimo tercero: Que en lo que se refiere al mercado geográfico, la FNE argumentó a fojas 39 que éste es de carácter nacional, ya que si hubiera un monopolista en alguna localidad determinada ejerciendo su poder de mercado, los consumidores podrían satisfacer su demanda adquiriendo el producto en cuestión a proveedores domiciliados en otras comunas o ciudades. Por su parte, PB señaló a fojas 98 que la definición del mercado geográfico dada por la FNE es confusa puesto que la Licitación no especificaba si las 29 municipalidades pertenecían o no a la Región Metropolitana;

Vigésimo cuarto: Que a este respecto debe tenerse presente, en primer término, que las bases de Licitación establecían expresamente en su punto 5 denominado *“solución de flete”* que *“en caso de ofrecer entregas en otras regiones distintas a la de origen, deberán indicar ese valor en el Anexo respectivo, si corresponde”*. Por otro lado, la información acompañada a fojas 482, 802 y 862 da cuenta que existen numerosas licitaciones previas que fueron adjudicadas a empresas domiciliadas en regiones distintas a la del cliente. A juicio de este Tribunal, estos argumentos son suficientes para considerar como mercado relevante geográfico a todo el territorio nacional;

Vigésimo quinto: Que, por todo lo anterior, este Tribunal considerará como mercado relevante para los efectos de esta causa, el de la mezcla asfáltica en frío para bacheo, en todo el territorio nacional;

Vigésimo sexto: Que de acuerdo a los datos proporcionados a fojas 482, 802 y 862, en el mercado de la mezcla asfáltica en frío para bacheo, existe una gran cantidad de oferentes, además de los requeridos, entre los años 2004 y 2007. Una vez realizada la Licitación, todos estos oferentes habrían sido posibles competidores de los adjudicatarios dada la modalidad de Convenio Marco;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo séptimo: Que en el mercado así definido, no es controvertido que no existen barreras de entrada, y la propia FNE así lo afirmó tanto en su requerimiento como en el informe económico acompañado a fojas 919, sin que existan antecedentes en autos que conduzcan a este Tribunal a estimar lo contrario. En efecto, toda la información aportada a este respecto, permite concluir que los costos hundidos asociados al desarrollo o adquisición de los aditivos necesarios para cumplir con las especificaciones técnicas son bajos, y que en general no existe ninguna otra barrera a la entrada como posibles economías de escala, ya que se observan distintos tamaños de plantas en la industria. Al respecto, se aprecia en los datos de las licitaciones del producto relevante, que en los años 2006 y 2007, se adjudicaron licitaciones 47 y 67 empresas distintas respectivamente (disco compacto agregado a fojas 862), lo que permite concluir que en el mercado relevante participan numerosas empresas de menor tamaño que son capaces de competir con las requeridas y disputarles los clientes;

Vigésimo octavo: Que por lo tanto, el presunto acuerdo entre las requeridas no era apto para producir un resultado contrario a la libre competencia en el mercado relevante;

Vigésimo noveno: Que, sin perjuicio de lo anterior, y a mayor abundamiento, este Tribunal determinará si se encuentra o no demostrada la existencia del acuerdo denunciado, para lo cual se analizarán las condiciones o requisitos para participar en la Licitación y cada uno de los hechos que la FNE considera indicativos de su existencia;

Trigésimo: Que en relación con los requisitos para participar en la Licitación, este Tribunal considera que los mismos podrían facilitar la existencia de un acuerdo, en la medida que restrinjan el número de posibles oferentes. Al respecto, la FNE señaló en su requerimiento de fojas 39, que el plazo para formular ofertas establecido en las Bases, fue de tan sólo trece días, por lo que sólo las requeridas estaban en condiciones de presentar ofertas en este lapso;

Trigésimo primero: Que, este Tribunal estima que la limitación ya descrita, que consta de las Bases de fojas 2, en conjunto con las condiciones de la Licitación en que las requeridas fundan el mayor precio ofertado en la misma, si bien, no necesariamente producían tal incremento de precios, incrementaban la incertidumbre y los costos de participar, de tal manera que restringían el número de posibles oferentes a las empresas que estuvieran dispuestas a enfrentar tales riesgos y solventar los mayores costos. En este sentido, por ejemplo, cabe apuntar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que las Bases disponían que los oferentes debían prestar asistencia técnica en terreno y capacitaciones técnicas (punto 5), entregar una boleta de garantía (punto 10), comprometerse a extender al catálogo los mejores precios que ofrezca fuera de él, sea a terceros o a las Entidades, y aceptar devolución de hasta un 10% del total del producto comprado (punto 11);

Trigésimo segundo: Que por lo anterior, este Tribunal estima que el número de interesados o posibles oferentes estaba limitado por las condiciones establecidas en la Licitación, circunstancia que podría haber facilitado un acuerdo entre las requeridas;

Trigésimo tercero: Que, por otra parte, es preciso analizar si los indicios de la existencia de un acuerdo que invoca la FNE están o no acreditados y si éstos conducen o no inequívocamente a la conclusión de que MK, PB y QL acordaron las condiciones bajo las cuales participaron en la Licitación:

Trigésimo cuarto: Que, con respecto al primer indicio de la existencia de un acuerdo que señala la FNE, relativo a la similitud de las ofertas presentadas por las requeridas, este Tribunal estima que la circunstancia de que una de éstas provea a las otras dos del producto licitado en formato a granel (PB abastece a QL y MK), podría explicar la similitud de los precios ofertados por todas ellas en ese formato. Además, en relación con el formato a granel, a este Tribunal le parece razonable que las requeridas no hayan competido sacrificando parte del margen de distribución considerado en un 35%, ya que la Licitación no implicaba venta de cantidad alguna, sino únicamente la posibilidad de figurar en un catálogo que era vinculante para el adjudicatario, pero no para las Entidades;

Trigésimo quinto: Que, con respecto al segundo indicio invocado por la FNE, en cuanto a que los precios ofrecidos por las requeridas en la licitación materia de autos son superiores a los precios promedio cobrados por éstas en licitaciones anteriores, este Tribunal estima que este indicio puede ser desestimado, atendidas las distintas y mayores exigencias contempladas en esta Licitación, en relación con aquellas contempladas en las licitaciones anteriores, y además, por la modalidad de convenio marco que caracterizaba a la Licitación. En efecto, no es controvertido, que esta Licitación era sustancialmente diferente de las anteriores y, por consiguiente, no es factible comparar los precios ofertados en unas y otras;

Trigésimo sexto: Que, con respecto al tercer indicio invocado por la FNE, consistente en que las requeridas coincidieron en no ofrecer descuentos por volumen, este Tribunal considera que también puede ser desestimado como

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

apto para demostrar un acuerdo, ya que las explicaciones dadas por las requeridas son plausibles y se encuentran debidamente acreditadas. En efecto, por un lado, las requeridas probaron con los certificados acompañados a fojas 176, que ellas no reciben descuentos por volumen de sus proveedores; y, por otro, consta de las Bases rolantes a fojas 2, que la DCCP se reservaba el derecho de adjudicar aunque no se cumplieran los requisitos o condiciones, o de declararla desierta si las ofertas no se ajustaban a sus intereses (fojas 11), por lo que aún sin reunir los 65 puntos, el postulante igualmente podía resultar adjudicado;

Trigésimo séptimo: Que, en relación a que las requeridas no señalaron plazos de entrega, de reposición ni recargos por flete para regiones distintas de su región de origen, a este Tribunal también le resulta satisfactoria la explicación dada por MK en orden a que no es posible cotizar el flete a regiones cuando las cantidades a despachar no están determinadas, ni mantener esos precios por un período de seis meses, dada la volatilidad de los precios del petróleo;

Trigésimo octavo: Que, en cuanto al cuarto indicio invocado por la FNE, referido a la existencia de numerosas conversaciones telefónicas entre las requeridas en el periodo anterior a la presentación de ofertas, este Tribunal estima que la existencia de relaciones comerciales entre las requeridas se encuentra suficientemente acreditada con las órdenes de compra acompañadas a fojas 91, las facturas acompañadas a fojas 565 y las escrituras acompañadas a fojas 317, que proporcionan una explicación alternativa plausible a dichas comunicaciones;

Trigésimo noveno: Que por último, para acreditar la existencia del acuerdo, la FNE sostiene que algunas de las empresas manifestaron su deseo de no participar en la Licitación, sin perjuicio de lo cual finalmente formularon ofertas. Al respecto, este Tribunal estima que si el objetivo perseguido por las requeridas hubiese sido hacer fracasar la Licitación, lo lógico habría sido que acordaran no realizar ofertas, más aún si de acuerdo con las bases, la DCCP se reservaba la facultad de adjudicar igualmente la Licitación a oferentes que no alcanzaran el puntaje mínimo;

Cuadragésimo: Que por lo tanto, los únicos indicios señalados por la FNE respecto de los cuales las requeridas no proporcionaron una explicación alternativa corresponden a la similitud entre las ofertas presentadas para el formato de 20 kg. y el hecho de que las requeridas informaron capacidades de producción muy similares. A juicio de este Tribunal, esos antecedentes no son suficientes para formar convicción en relación con la existencia de un acuerdo en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los precios y otras condiciones comerciales ofertadas por las requeridas en la Licitación;

Cuadragésimo primero: Que por lo tanto, este Tribunal estima que, aun de haber existido un acuerdo entre las requeridas en relación al precio y otras condiciones comerciales de las ofertas que presentaron en la Licitación, lo cual no está acreditado, dicho acuerdo no habría sido apto para afectar negativamente la libre competencia en el mercado, puesto que las condiciones que habrían enfrentado las empresas supuestamente coludidas una vez declarada desierta la Licitación, son las de un mercado competitivo y, por lo tanto, no habrían existido beneficios esperados de haberse realizado las conductas imputadas;

Cuadragésimo segundo: Que la prueba rendida en autos tanto por la FNE como por las requeridas, no aportan mayores antecedentes que permitieran hacer variar los criterios que este Tribunal ha sostenido a lo largo de esta sentencia;

Cuadragésimo tercero: Que, por consiguiente, en virtud de lo razonado y no habiendo este Tribunal adquirido convicción acerca de la existencia de la colusión denunciada por la Fiscalía en su requerimiento de fojas 39, esto es, de haberse verificado un acuerdo entre las requeridas, ni de haber sido éste apto para afectar la libre competencia en el mercado relevante, se procederá a desestimar el requerimiento de autos;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, inciso segundo; 2º; 3º, inciso primero y letra a); 18º Nº 1); 20º, inciso tercero, 22º, inciso final; 26º y 29º del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Nº 211, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE:

En cuanto a las tachas:

1. Rechazar las tachas formuladas a fojas 832 respecto de la testigo señora Hilda Marisol Gacitúa Sills, fundadas en las causales establecidas en los Nos 4, 5 y 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil;
2. Acoger la tacha formulada a fojas 841 respecto del testigo señor Fernando Asenjo Tyrer, fundada en la causal establecida en el Nº 4 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, y rechazar la deducida a su respecto por la del Nº 6 del mismo artículo;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3. Rechazar la tacha formulada a fojas 849 respecto del testigo señor Alberto Genaro Tobar Alvares, fundada en la causal establecida en el N° 4 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil;

4. Acoger la tacha formulada a fojas 860 bis respecto del testigo señor Ricardo Elías Urquiza Díaz, fundada en la causal establecida en el N° 4 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil; y,

En cuanto al fondo:

5. Rechazar el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica de fojas 39, sin costas, por estimar este Tribunal que la requirente tuvo motivos plausibles para litigar.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rol C N° 132-07

Pronunciada por los Ministros Sr. Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Tomás Menchaca Olivares, y Sr. Julio Peña Torres. Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Javier Velozo Alcaide.