



EN LO PRINCIPAL: Requerimiento.

EN EL PRIMER OTROSÍ: Acompaña documentos.

EN EL SEGUNDO OTROSI: Personería, patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONOMICO, con domicilio en calle Agustinas N° 853, piso 2, Santiago, a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 19 y siguientes, 26 y 39 letras b) y c) del Decreto Ley N° 211, y fundado en los antecedentes de hecho, de Derecho y económicos que a continuación expondré, formulo requerimiento en contra de las siguientes personas:

1. MK ASFALTOS MOLDEABLES CHILE S.A., RUT N° 78.777.360-5, representada por su gerente general, doña Verónica Jasmín Safe Gómez, cédula nacional de identidad N° 7.311.312-1, secretaria ejecutiva, ambas domiciliadas en Avenida Don Luis N° 536 Parque Industrial Valle Grande, Lampa, en adelante "**MK**";

2. PRODUCTOS BITUMINOSOS S.A., RUT N° 96.742.760-K, representada por su gerente general, don Jaime Omar Castillo Mullor, cédula nacional de identidad N° 7.060.299-7, ingeniero civil, ambos domiciliados en Cerro Sombrero N° 1010, Maipú, en adelante "**PB**", y

3. QUÍMICA LATINOAMERICANA S.A., RUT N° 89.551.800-K, representada por su gerente general, don Patricio Clemente Seguel Bunster, cédula nacional de identidad N° 6.532.167-K, ingeniero civil, ambos domiciliados en Magdalena N° 265, Las Condes, en adelante "**QL**".

Las personas requeridas han incurrido en actos contrarios a la libre competencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211.

El requerimiento se efectúa con el objeto que ese H. Tribunal declare que las requeridas han sostenido un acuerdo sobre precios y otras variables competitivas con el objeto de hacer fracasar la licitación pública ID N° 2239-63-LP06, publicada en el portal www.chilecompra.cl el día 6 de octubre de 2006, para la adquisición del producto denominado “mezcla asfáltica en frío para bacheo” bajo la modalidad de convenio marco; razón por la cual han de ser condenadas al pago de las multas que se señalarán, previniéndolas además para que cesen estas conductas y no las realicen en el futuro, bajo apercibimiento de considerárseles reincidentes en ellas; y todo ello, con expresa condena en costas.

I. LOS HECHOS.

1. Con fecha 6 de octubre de 2006 la Dirección de Compras y Contratación Pública (en adelante “DCCP”) publicó, en el portal www.chilecompra.cl, la licitación pública para la adquisición de “mezcla asfáltica en frío para bacheo”, bajo la modalidad de convenio marco.

La licitación en cuestión había sido solicitada por la Dirección Regional Metropolitana de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas, con el objeto de adquirir el producto necesario para tapar los baches en las calles de veintinueve comunas de la Región Metropolitana, contando al efecto con un presupuesto inicial de mil millones de pesos.

2. La modalidad denominada “convenio marco” permite que todos aquellos oferentes que obtienen los puntajes mínimos definidos para la licitación respectiva, incorporen sus productos y servicios en un catálogo electrónico denominado “ChileCompra Express”, el que debe ser utilizado de manera preferente por los organismos públicos o “Entidades” para la realización de sus adquisiciones, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.886, Ley de Compras y Contratación Pública.

De acuerdo con lo anterior, las Entidades deben consultar dicho catálogo antes de proceder a efectuar una licitación pública, una licitación privada, o un trato 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 respectivo.

3. Lo anterior implicaba un cambio en las condiciones vigentes a la fecha de la licitación, toda vez que, hasta ese entonces, la “mezcla asfáltica en frío para bacheo” no estaba disponible en el catálogo electrónico antes referido, por lo que, cuando una Entidad requería dicho producto, debía necesariamente efectuar una licitación o contratarlo directamente, determinando, para cada caso, las condiciones solicitadas, con la única obligación de sujetarse a las establecidas en la Ley de Compras y Contratación Públicas y su reglamento.

En ese contexto, la gran mayoría de las adquisiciones efectuadas hasta esa fecha no consideraban la entrega de boletas de garantía por parte de los proveedores, la imposición de multas por atrasos, la obtención de descuentos por volumen o de derecho a devolución, ni la provisión de capacitaciones o asistencia técnica. Además, los proveedores podían determinar, para cada adquisición, si participaban o no en el proceso respectivo y los términos de sus ofertas.

4. Fundamentalmente, las bases de la licitación cuestionada disponían lo siguiente:
 - a) La fecha de cierre para la recepción de ofertas, la entrega de antecedentes en soporte físico y la apertura electrónica era el día 19 de octubre de 2006. Entre el 11 y el 13 de octubre los interesados podían efectuar preguntas y el 17 del mismo mes se publicaban las respuestas.
 - b) Era exigencia mínima para participar el que los precios ofertados incluyeran el transporte dentro de la región de origen del oferente. Para el caso de ofrecer entregas en regiones distintas de la región de origen, los oferentes debían señalar el valor del flete.

- c) Por otra parte, los productos debían contar con una garantía mínima de seis meses, un certificado de calidad, y los proveedores debían prestar asistencia técnica y realizar capacitaciones en terreno.
- d) El plazo de vigencia del convenio era de seis meses, renovables automáticamente hasta por tres períodos iguales, a menos que cualquiera de las partes manifestara su intención en contrario.
- e) La modalidad de pago era a treinta días, se prohibía la subcontratación y no señalaba un monto total estimado.
- f) Se exigía la presentación de una boleta de garantía de fiel cumplimiento del contrato por \$5.000.000, con vencimiento al 30 de junio de 2007. En caso de cobro, ésta debía ser repuesta por el proveedor. El incumplimiento de dicha obligación estaba sancionado con el término anticipado del convenio sin derecho a indemnización alguna.
- g) La DCCP adjudicaría por ítem ofertado, a todos aquellos oferentes que obtuvieran 65 o más puntos ponderados en el resultado final de su evaluación.
- h) El o los proveedores adjudicados sólo podían relacionarse con las Entidades a través del catálogo de Convenios Marco.
- i) Por su parte, las órdenes de compra emitidas por las Entidades no podían ser rechazadas por los proveedores, salvo que la Entidad respectiva tuviera deuda pendiente para con el proveedor.
- j) El precio de los bienes y servicios ofrecidos publicado en el catálogo electrónico respectivo, se mantenía vigente durante toda la duración del convenio. Esto, sin perjuicio de la facultad del proveedor de efectuar ofertas limitadas en el tiempo en el catálogo respectivo.

- k) Los adjudicatarios se comprometían a mantener en Convenio Marco, el mejor precio ofertado a sus clientes, para los bienes y servicios adjudicados. En caso que ofrecieran mejores precios a sus clientes, estos debían verse reflejados en el catálogo respectivo. La misma condición se aplicaba respecto de las Entidades.
- l) Se contemplaban multas por atrasos en las entregas, equivalentes a 2% del valor del producto solicitado por cada día hábil de atraso respecto del plazo de entrega acordado.
- m) Los proveedores adjudicados debían reponer los productos sin costo a las Entidades, en caso de existir falla, daño o diferencia en la entrega de estos. En caso de reposición por no utilización del producto, ésta tenía un límite equivalente al 10% del total comprado, siempre y cuando la fecha de restitución del producto no superara los 90 días corridos desde la fecha de elaboración.
- n) En lo que respecta a la evaluación de las ofertas, el precio ofertado tenía una ponderación equivalente a un 60%, y el descuento por volumen de venta una equivalente a un 40%. Atendido el puntaje mínimo a que alude la letra g) precedente, el que los oferentes no efectuaran descuentos por volumen necesariamente implicaba que no se adjudicaran la licitación respectiva.

Cabe hacer presente que las bases respectivas no imponían exigencias en lo que a plazos de entrega o capacidades de producción se refiere, condiciones que debían ser informadas por los proveedores al formular sus ofertas.

- 5. Las requeridas no estaban de acuerdo con las bases de licitación y así lo manifestaron en diversas instancias.

En síntesis, estimaban que las Bases eran leoninas y que algunas de las condiciones impuestas en ellas eran prácticamente imposibles de cumplir. Por ello, MQ y PB habían resuelto en su minuto no presentar ofertas.

6. Conversaron en numerosas ocasiones los representantes de todas las requeridas, y acordaron finalmente 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.
7. Las empresas requeridas, únicas participantes en la licitación, formularon sus ofertas en los términos siguientes, respondiendo al acuerdo señalado:
 - a) Para los sacos de 20 kg,¹ para los que la Dirección de Compras y Contratación Públicas había considerado un precio de referencia de \$3.500: MK ofertó un precio de \$6.000, QL \$6.010 y PB \$6.030.
 - b) Ninguna de las proponentes formuló ofertas para la provisión de la mezcla en tambores de 300 kg, los que tenían un precio de referencia de \$50.000.
 - c) Para la tonelada de mezcla asfáltica en frío para bacheo a granel, cuyo precio de referencia ascendía a \$95.000, todas las requeridas ofertaron un precio de \$250.000.
 - d) Ninguna de las proponentes ofertó descuentos por volumen.
 - e) Ninguno de los oferentes informó plazos de entrega, reposición ni recargos por flete para regiones distintas de su región de origen, a saber, la Metropolitana.

Sin perjuicio de ello, QL formuló adicionalmente oferta para la Quinta Región, donde también cuenta con plantas de producción.
 - f) En lo que respecta a las capacidades mensuales de producción, las proponentes informaron capacidades muy similares, con variaciones de entre 5 y 10 toneladas: MK informó 80 toneladas, PB 85 y QL 90.

¹ Cabe señalar que las ofertas debían presentarse en tres formatos: bolsas de 20 kg, tambores de 300 kg y a granel.

8. La licitación se declaró desierta, según consta en acta de fecha 20 de octubre de 2006.

9. Lo anterior tuvo por efecto, evidentemente buscado por las requeridas, que las Entidades deberían seguir efectuando una licitación o contratación para cada adquisición de mezcla asfáltica que requirieran, sin las condiciones de garantía, multas, derecho a devolución, descuentos por volumen, asistencia y capacitación buscadas por la licitación y rechazadas por las requeridas.

10. En definitiva, las requeridas, obrando previamente concertadas, realizaron ofertas tales que asegurasen el fracaso de una licitación que tenía por objeto mejorar las condiciones de compra de las Entidades.

II. **LA INDUSTRIA.**

1. Descripción de la Industria.

11. Según expone el Gerente del Instituto Chileno del Asfalto "... Si consideramos que el patrimonio vial de Chile asciende a US\$ 12.527 millones determinados por un estudio realizado por el Departamento de Gestión Vial del Ministerio de OOPP, podemos dimensionar la importancia que adquieren las técnicas de reciclado, que nos permiten "recuperar" parte de esa inversión...

De este mismo estudio, se desprende que "...la falta de asignación de recursos adecuados a la conservación, ha generado una brecha de US\$ 263 Millones con respecto al valor patrimonial ideal de referencia y se necesitan US\$ 163 Millones para recuperar los caminos a un nivel de mínimo aceptable."

Este hecho, ha significado a su vez, un sobre costo a “los usuarios”, del orden de los US\$ 109 Millones al año por concepto de operación de vehículos...”²

12. El párrafo precedente da cuenta de la demanda de materiales que permiten la reparación de pavimentos en nuestro país. Uno de los productos utilizados para ello, en lo que a reparaciones menores se refiere, es la denominada mezcla asfáltica en frío, creada hace algunos años en Estados Unidos, que se caracteriza principalmente por la facilidad y rapidez de su colocación, su eficiencia y durabilidad.
13. De acuerdo a lo informado por el Instituto Chileno del Asfalto, históricamente existían en Chile a lo menos cinco productores de mezcla asfáltica en frío, a saber PB, QL, Dynal Industrial S.A. (Dynal) y Asfaltos Chilenos S.A. (ACH), todos miembros del referido instituto, y MK.
14. No obstante lo anterior, a la fecha de la licitación Dynal había dejado de producir mezcla asfáltica en frío, y el producto comercializado por Asfaltos Chilenos S.A., no reunía las especificaciones técnicas exigidas en las bases de licitación pues, si bien se trataba de una mezcla asfáltica en frío, estaba destinado a ambientes secos y requería imprimación.

Por otra parte, pese a que Asfaltos Chilenos S.A., habría considerado producir un producto como el solicitado en esta licitación, requería la adquisición de una licencia o el desarrollo de un aditivo, de los que carece hasta la fecha.

Por último, existe una sociedad con domicilio en Valdivia, que sólo había participado y se había adjudicado algunas licitaciones efectuadas por Entidades de Valdivia y ciudades aledañas.

15. El mayor demandante de este producto es, precisamente, la Administración del Estado.

² “El mercado del asfalto en Chile y los avances producidos en la última década”, Roberto Orellana L., Gerente Instituto Chileno del Asfalto, www.ichasfalto.cl

En efecto, de los tres productores antes señalados, dos, QL y MK, venden más del 70% de la mezcla asfáltica en frío que producen a organismos públicos. Para PB, por su parte, la demanda de dichos organismos representaba algo menos de un 40% de su producción.

16. No obstante lo anterior, hasta esta licitación, la demanda del Estado se encontraba sumamente atomizada: cada Entidad efectuaba, en la medida que lo requería, una licitación o contratación para la adquisición de una determinada cantidad de mezcla asfáltica, en el formato que definía.

17. Durante los años 2004, 2005, 2006 y el primer trimestre del año 2007, 97 Entidades efectuaron en el portal www.chilecompra.cl 464 licitaciones para la adquisición de 38.124 toneladas de mezcla asfáltica en frío, correspondientes a 1.157.098 bolsas (equivalente a 23.142 toneladas de mezcla) y 9.889 tambores (equivalentes a 2967 toneladas de mezcla). El resto, equivalente a 12.016 toneladas, fue adquirido a granel.

De dichas licitaciones, 435 resultaron adjudicadas, por un monto total de \$837.570.540, según se especifica en los cuadros siguientes:

Licitaciones Adjudicadas por Año				
Año	MK	QL	PB	Otro
2004	30	7	26	2
2005	50	45	43	7
2006	51	57	56	8
2007	19	17	8	9
Total	150	126	133	26

Fuente: Elaboración propia, en base a información de Chilecompra

Montos Adjudicados por Año (en pesos chilenos)				
Año	MK	QL	PB	Otro
2004	50.137.725	15.053.800	56.674.515	3.259.620
2005	99.805.085	48.118.850	80.998.650	9.563.200
2006	93.734.390	79.469.360	87.004.417	15.414.586
2007	58.301.072	56.096.150	58.425.120	25.514.000
Total	301.978.272	198.738.160	283.102.702	53.751.406

Fuente: Elaboración propia, en base a información de Chilecompra

18. Del análisis de las licitaciones, cabe destacar las siguientes peculiaridades:

- a) En varias oportunidades el criterio fundamental de adjudicación fue distinto del precio.
- b) En algunos procesos, un solo participante efectuó dos o más ofertas en la misma licitación.
- c) En su gran mayoría, las bases carecían de exigencias tales como boletas de garantías, multas por atrasos o descuentos por volumen.

2. Regulación

19. El 29 de agosto de 2003 entró en vigencia de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (Ley N° 19.886), más conocida como Ley de Compras Públicas. Ésta es la primera normativa legal sobre la materia, contemplándose además un reglamento, el cual se encuentra vigente a contar del 24 de octubre de 2004.

20. La Ley establece normas de procedimiento y transparencia para las compras, que van desde la publicación a la contratación, y se rigen por ella los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la Ley N° 18.575. Se exceptúan las empresas públicas creadas por ley, los organismos públicos que dispongan de normas expresas en contrario y aquellas contrataciones que, por disposición legal o por su naturaleza, sean secretas, reservadas o confidenciales.

21. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley de Compras Públicas:

“La Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa. La Licitación pública

será obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 unidades tributarias mensuales, salvo lo dispuesto en el artículo 8º de esta ley.”

22. Por su parte, el artículo 6º de la referida Ley establece:

“Las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros.

Estas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes, ni sólo atender al precio de la oferta.

En todo caso, la Administración deberá propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones.”

III. **ANÁLISIS DEL MERCADO.**

1. **Mercado Relevante.**

23. La Fiscalía Nacional Económica entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado.

24. La mezcla asfáltica en frío es un producto que se utiliza para bachear, esto es, rellenar los hoyos en el pavimento de calles, carreteras o caminos, producidos por el uso u otras causas. Se trata de un parche instantáneo sobre pavimentos de hormigón y asfalto.

25. A diferencia de otros productos que podrían satisfacer esa necesidad, como el asfalto caliente, la mezcla asfáltica en frío presenta las siguientes características:

a) No requiere preparación para su aplicación.

- b) Su utilización no requiere de personal técnico calificado.
 - c) No requiere tiempos de secado o espera tras su aplicación, lo que permite que la vía respectiva puede ser utilizada en forma rápida.
 - d) Permite su almacenamiento hasta por seis meses en condiciones normales.
 - e) Históricamente, las licitaciones públicas se han realizado específicamente por este producto.
26. Para la elaboración de este producto, básicamente se mezclan áridos, asfaltos y aditivos. Si bien las empresas participantes en el mercado importan o mantienen licencias de diferentes tipos de aditivos que persiguen otorgar ciertos grados de heterogeneidad a sus productos, del análisis de las licitaciones efectuadas por la DCCP, así como de los precios ofertados por las empresas en dichos procesos, es posible concluir que se trata de un producto homogéneo.
27. En consecuencia, el mercado relevante en este caso está determinado por el producto denominado “mezcla asfáltica en frío para bacheo”.
28. En lo que respecta al mercado geográfico, la Fiscalía entiende delimitado el mercado relevante por la menor área geográfica dentro de la cual sea probable ejercer poder de mercado respecto del producto o grupo de productos relevantes.
- Para determinar dicha área geográfica, la Fiscalía utiliza el enfoque del monopolista hipotético.
29. En este mercado, es frecuente que se adjudiquen las licitaciones oferentes que no tienen domicilio en la comuna o ciudad del demandante. Tanto es así, que en el año 2006, el 95% de las licitaciones realizadas por Entidades de todo Chile fueron adjudicadas a las sociedades requeridas, domiciliadas todas en la

Región Metropolitana (los principales demandantes de mezcla asfáltica en frío son las municipalidades, la Dirección de Vialidad y las empresas constructoras).

Lo anterior implica que, en el evento de existir un monopolista en una localidad determinada que ejerza su poder de mercado incrementando el precio del producto, la Entidad respectiva puede satisfacer su demanda adquiriendo el producto a proveedores domiciliados en otras comunas o ciudades.

Comprueba lo anterior, la circunstancia de que, a un proveedor domiciliado en Valdivia sólo se le han adjudicado algunas de las licitaciones efectuadas por Entidades domiciliadas en dicha ciudad.

Adicionalmente, no obstante que las licitaciones efectuadas por la DCCP son centralizadas, éstas incluyen a municipios de todo Chile.

30. En consecuencia, la Fiscalía estima que el mercado geográficamente relevante es de carácter nacional.

31. En relación a las participaciones de mercado, la evolución de las mismas, para los años 2004, 2005 y 2006, se muestra en el cuadro siguiente:

Participación de Mercado de las Principales Empresas Productoras						
	2004		2005		2006	
PB	113.762.724	38,6%	186.258.048	43,8%	224.375.747	40,6%
MK	109.024.993	37,0%	98.550.648	23,2%	116.350.807	21,1%
QL	27.983.917	9,5%	66.644.745	15,7%	112.651.167	20,4%
Dynal	28.648.854	9,7%	56.556.694	13,3%	25.086.008	4,5%
ACH	15.280.660	5,2%	17.089.970	4,0%	73.602.946	13,3%
TOTAL	294.701.148	100,0%	425.100.105	100,0%	552.066.675	100,0%
Requeridas	250.771.634	85,1%	351.453.441	82,7%	453.377.721	82,1%

Fuente: Elaboración propia, en base a información de las empresas.

32. A continuación se señalan los índices de concentración de este mercado:

Variación del Índice HHI		
2004	2005	2006
3.070	2.896	2.711

Como se aprecia, pese a variaciones puntuales, se trata de un mercado altamente concentrado, donde las principales oferentes son las requeridas.

2. Condiciones de Entrada.

33. De los antecedentes expuestos, entre otros, el plazo para la realización de ofertas, se desprende que, a la fecha de publicación de la licitación, sólo las requeridas estaban en condiciones de presentar ofertas.
34. En efecto, los plazos entre la publicación y la adjudicación de una licitación no superan los dos meses, lo que dificulta seriamente la participación de un entrante en una licitación determinada, considerando que el tiempo de entrada al mercado estaría dado por el tiempo necesario para cerrar una negociación por la licencia del aditivo requerido para la producción de la mezcla o para el desarrollo del mismo.
35. Por otra parte, no existen antecedentes de importaciones de este producto a Chile, lo que en principio aparece improbable, atendidos los costos de fletes, así como la existencia, en nuestro país, de las materias primas requeridas para su elaboración.
36. En todo caso, los plazos señalados, así como la incertidumbre respecto de la cantidad demandada, hacían prácticamente imposible la importación en el caso particular.

37. Finalmente, las exigencias de asistencia técnica y capacitación en terreno dificultaban que un productor internacional participara en la licitación sin que estableciera oficinas en nuestro país, contratando personal al efecto, con los costos que ello traía aparejado. Por lo demás, las condiciones señaladas en el numeral precedente desincentivaban este ingreso.
38. Por otra parte, existen costos hundidos asociados al desarrollo o adquisición de los aditivos necesarios para cumplir las especificaciones técnicas definidas en las bases de licitación. El resto de los componentes necesarios para la producción pueden ser adquiridos en el país, tal y como lo realiza MK, sin que se aprecien grandes restricciones para ello. Lo anterior es sin perjuicio de que, según se señaló, la participación de empresas distintas de las requeridas en la licitación cuestionada era sumamente improbable.
39. Por otra parte, en el período estudiado, no se observan guerras de precios o comportamientos predatorios en las licitaciones, aunque es dable destacar la existencia de señales ambiguas pues, como se relató, en las licitaciones analizadas es relativamente frecuente que la adjudicación no recaiga en la menor oferta, lo que en general conlleva desincentivos o mayores costos al entrante, en su esfuerzo por conocer el comportamiento de los demandantes.

IV. LA CONDUCTA DE LAS REQUERIDAS.

40. Las empresas requeridas acordaron los términos y condiciones en que participarían en la licitación pública ID N° 2239-63-LP06, con el fin de hacerla fracasar, pues mejoraba las condiciones de compra de las Entidades.
41. Al efecto, existen algunas características del mercado que facilitaron este acuerdo. En efecto, resultaba prácticamente imposible la entrada de un nuevo actor que pudiera romperlo, dado el exiguo plazo existente entre la publicación y la entrega de las ofertas, lo que se traducía en que únicamente las requeridas estaban en condiciones de participar en la licitación.
42. Por otra parte, existían medios para disciplinar a los integrantes del acuerdo, evitando que se desvíen.

En el caso particular, si una empresa rompía el acuerdo y presentaba una oferta que lo hiciera entrar al catálogo, las otras podrían incentivar a las Entidades a intentar obtener mejores condiciones a través de licitaciones públicas fuera del catálogo. Si la empresa que estaba dentro del catálogo decidía competir fuera del mismo, debía hacerlo considerando que el menor precio que ofertase le sería exigible dentro del catálogo, el que contemplaba descuentos por volumen, garantías y otras condiciones que pudiesen hacer gravosa y eventualmente insostenible la oferta así generalizada.

La amenaza era aún mayor, si se considera que, conforme a las bases de la licitación, esa extensión de mejor oferta también regía en el evento que las mejores condiciones se entregasen a clientes distintos de las Entidades.

43. Por diversas circunstancias, resulta previsible que las requeridas pretendan justificar su acción en lo supuestamente gravosas y, por ende, poco atractivas condiciones dispuestas por las Bases de la licitación, de modo que el resultado acaecido, con o sin acuerdo, habría sido el mismo. Lo cierto es que, aun cuando aquello sea efectivo, dicha circunstancia no atenúa la gravedad de la conducta desplegada por las requeridas.

En efecto, si un determinado oferente consideraba leoninas las bases de licitación, la conducta legítima habría sido no participar en ella y, en ningún caso, fraguar un acuerdo como el que aquí se acusa.

44. A mayor abundamiento, diversos hechos y circunstancias contribuyen a acreditar el acuerdo que motiva esta acción:
45. Entre enero y octubre del año 2006, mes en el que se efectúa la licitación en cuestión, se realizaron en el portal www.chilecompra.cl 140 licitaciones para la adquisición de mezcla asfáltica en frío para bacheo, licitaciones en las cuales es posible apreciar una gran dispersión en los precios ofertados, con la sola excepción de la licitación cuestionada, en la que las requeridas uniformaron sus precios por sobre los de mercado.

46. Los cuadros siguientes dan cuenta de los promedios de precios ofertados y los promedios de las diferencias de precio existentes entre las distintas ofertas presentadas por las tres empresas requeridas, por kilogramo de mezcla asfáltica en frío para bacheo, tanto a nivel nacional, como al de la Región Metropolitana.
47. En estos precios se encuentran incluidos los costos asociados al transporte de la mezcla asfáltica en frío a los diversos municipios del país, costos que, para esta licitación, debían ser informados por separado por los oferentes, según dan cuenta las bases de licitación. En razón de lo anterior, y considerando que todas y cada una de las requeridas tienen domicilio en la Región Metropolitana, parece razonable ponderar los precios cobrados por las requeridas en dicha región. Lo anterior es coherente con la circunstancia de que la licitación tenía como objeto fundamental satisfacer las necesidades de 29 comunas de la Región Metropolitana.

Precio Ofrecido por las Tres Empresas Requeridas para Formato Bolsa y Granel en licitaciones efectuadas el año 2006			
Variable	Media (\$/kg)	Desviación estándar	Tamaño Muestra
Precio bolsa Nacional	201,39	80,2	388
Precio bolsa RM	177,00	36	114
Precio bolsa en licitación 2239-63-LP06	300,67	0,76	1
Precio granel Nacional	131,30	64,7	73
Precio granel RM	128,00	45	42
Precio granel en licitación 2239-63-LP061 ³	250,00	0	1

Fuente: Elaboración propia, en base a información de Chilecompra

48. Del cuadro anterior se desprende que el precio promedio de la licitación cuestionada supera el promedio de los precios más su desviación estándar, para los dos formatos analizados, tanto a nivel nacional, como en la Región Metropolitana.

49. Para el formato bolsas, los precios ofertados en la licitación cuestionada superan el promedio de los precios ofertados durante el año 2006 en \$99/kilogramo respecto del promedio nacional, y en \$124/kilogramo en la Región Metropolitana, lo que representa un incremento equivalente a un 49% y a un 70%, respectivamente.

En el caso de las ventas a granel, dichos incrementos alcanzan un 90% y un 95%.

50. La cuantía de estas alzas no aparecen justificadas en incrementos de costos.

Es más, los representantes de las requeridas declararon ante esta Fiscalía que dichos aumentos tenían por objeto “salvaguardarlos” de las condiciones que exigía la licitación.

³ Si bien existe sólo una licitación, se presenta aquí la licitación 2239-63-LP061 para distinguir los efectos entre el formato bolsa (licitación número 2239-63-LP06) y el formato a granel.

51. A continuación se exhibe la diferencia entre los precios ofertados en las licitaciones efectuadas durante el año 2006 para la adquisición de mezcla asfáltica en frío, en bolsas y a granel:

Diferencia entre los Precios de Licitaciones para Formato Bolsa y Granel (año 2006)			
Formato Bolsa			
Variable	Media (\$/kg)	Desviación estándar	Tamaño Muestra
a) dif12_bo_nac (1)	35,77	72,01	138
b) dif13_bo_nac (2)	63,47	44,67	112
c) dcif12_bo_r13 (3)	27,26	30,77	40
d) dif13_bo_r13 (4)	57,53	35,19	31
e) 2239-63-LP06_12	0,5	-	1
f) 2239-63-LP06_13	1,5	-	1
Formato Granel			
Variable	Media (\$/kg)	Desviación estándar	Tamaño Muestra
g) dif12_gr_nac (5)	20,45	33,59	29
h) dif13_gr_nac (6)	54,18	75,93	16
i) dif12_gr_r13 (7)	23,33	42,26	18
j) dif13_gr_r13 (8)	68,25	98,13	9
k) 2239-63-LP061_12	0,0	-	1
l) 2239-63-LP061_13	0,0	-	1

Fuente: Elaboración propia, en base a información de Chilecompra. (1) Diferencia entre el precio más bajo y el segundo de una licitación en formato bolsa a nivel nacional. (2) Diferencia entre el precio más bajo y el tercero de una licitación en formato bolsa a nivel nacional. (3) Diferencia entre el precio más bajo y el segundo de una licitación en formato bolsa para la región metropolitana. (4) Diferencia entre el precio más bajo y el tercero de una licitación en formato bolsa para la región metropolitana. (5) Diferencia entre el precio más bajo y el segundo de una licitación en formato granel a nivel nacional. (6) Diferencia entre el precio más bajo y el tercero de una licitación en formato bolsa a nivel nacional. (7) Diferencia entre el precio más bajo y el segundo de una licitación en formato granel para la región metropolitana. (8) Diferencia entre el precio más bajo y el tercero de una licitación en formato granel para la región metropolitana.

52. Al analizar la diferencia promedio entre el primer y el segundo precio ofertado durante el período señalado para el formato bolsas, es posible constatar que la misma supera a la diferencia de la licitación cuestionada en \$26,77 en la Región Metropolitana (c-e) y en \$35,27 a nivel nacional (a-e), 98,2% y 98,6%, respectivamente.

La diferencia promedio entre el primer y el tercer precio ofertado a nivel nacional alcanza los \$63,47 y los \$57,53 en el caso de la Región Metropolitana.

En la licitación cuestionada dicha diferencia fue de \$1,5, lo que equivale a casi \$62 (b-f) de variación respecto del promedio nacional y \$56 (d-f) respecto de la Región Metropolitana, equivalentes a un 97,6% y 97,4%, respectivamente.

53. Para el formato a granel, la diferencia promedio entre el primer y el segundo precio, es de \$20,45 a nivel nacional y de \$23,33 en la Región Metropolitana. En el caso de licitación cuestionada, no hubo diferencia alguna.

La diferencia promedio entre el primer y el tercer precio ofertado a nivel nacional alcanza los \$54,18 y en la Región Metropolitana \$68,25. En la licitación cuestionada tampoco hubo diferencia alguna.

54. El siguiente cuadro muestra los resultados de licitación ID N° 2239-63-LP06, objeto de este requerimiento:

Precios Ofrecidos en la Subasta 2239-63-LP06					
Licitación	Precio Menor (\$/kg) MK	Precio Segundo (\$/kg) QL	Precio Tercero (\$/kg) PB	Diferencia 2do-1er precio	Diferencia 3er-1er precio
Bolsa 20 kg	300	300,5	301,5	0,5	1,5
Tambor 300 kg	No ofreció	No ofreció	No ofreció		
Granel ton	250	250	250	0	0
Descuento x vol	No ofreció	No ofreció	No ofreció		

Fuente: Elaboración propia en base a información de Chilecompra.

Esta licitación es estadísticamente diferente del resto de las licitaciones efectuadas para la adquisición de este producto, analizando al efecto el precio promedio, el precio mínimo y la dispersión de los precios ofertados en cada licitación, entre otras variables.

Lo anterior implica, necesariamente, que las empresas cambiaron su patrón de comportamiento, uniformando y elevando sus precios.

55. En otro orden de cosas, comprueba el acuerdo que se analiza la declaración de los representantes de MK y QL ante esta Fiscalía, al preguntarles por supuestas conversaciones previas a la licitación sostenidas por personeros de esas empresas y PB, presumiblemente acerca del precio a ofertar.

La explicación que dieron para esas conversaciones es que ni MK ni QL estaban en condiciones de ofertar en la licitación mezcla asfáltica en frío a granel, condiciones en la que sí se encontraba PB, de manera que ambas habrían solicitado a esta empresa que les cotizase a efectos de presentarse a la licitación.

Según los representantes de MK y QL, La cotización de PB se estructuró explícitamente sobre la base de un precio de \$250.000 (doscientos cincuenta mil pesos) por tonelada, menos un descuento por distribución de un 35%.

56. Ahora bien, aquel precio, \$250.000 por tonelada, es exactamente el mismo que todas y cada una de las requeridas ofertaron en la licitación para dicho producto.

57. La explicación de esas conversaciones es inverosímil y no justifica el que las tres requeridas ofertasen el mismo precio para el formato a granel.

58. En efecto, las Bases les permitían formular ofertas para uno o varios formatos (como en la práctica lo hicieron), de modo que no existía inconveniente en no ofertar el formato a granel. Asimismo, permitían que las oferentes señalaran su capacidad de producción, sin establecer exigencias mínimas a ese respecto.

Ahora, si efectivamente solicitaron dicha cotización, nada explica que PB les diese el precio que les dio, muy superior, como se ha dicho, al de mercado y

coincidentalmente el mismo con el que se alinearon todas en la licitación, incluso PB.

Por lo demás, si la cotización se les realizó en los términos expuestos, tanto MK, como QL, tenían la oportunidad de aventajar a PB y competir entre sí sacrificando parte del jugoso margen de distribución (35%) ofrecido por ésta. Lo mismo aplica para PB.

La única explicación razonable para esta extraña cotización, es la existencia del acuerdo por el que se requiere.

59. Por otra parte, las bases de licitación contenían los criterios y ponderaciones conforme a los cuales se efectuaría la evaluación de las ofertas. Específicamente, según ya se señaló, indicaban que el precio ofertado tendría una ponderación equivalente a un 60%, y el descuento por volumen de venta una equivalente a un 40%.
60. De conformidad a lo dispuesto en el apartado “Adjudicación” de la cláusula 11 “Requerimientos Técnicos y otras Cláusulas” de las bases de licitación, “La DCCP adjudicará por Item Ofertado, a aquellos Oferentes que obtengan 65 o más puntos ponderados en el resultado final de su evaluación correspondiente, de acuerdo a los criterios de evaluación, establecidos en estas Bases.”
61. En consecuencia, las requeridas sabían que de no ofertar descuentos por volumen en ningún caso alcanzarían el puntaje mínimo requerido para los efectos de adjudicarse la licitación, y recurrieron de común acuerdo a este artificio para hacer fracasar la licitación.
62. Ratifica lo anterior, el que las requeridas manifestasen no haber estado de acuerdo con las condiciones exigidas por la licitación, fundamentalmente en lo que dice relación con la incorporación el otorgamiento de descuentos por volumen y el establecimiento de multas, garantías y devoluciones, razón por la

cual al menos dos de ellas habrían optado en algún momento, según señalaron, por no efectuar ofertas, pese a lo cual, en definitiva, participaron en la licitación.

63. Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el apartado “Extensión de Ofertas Especiales a las Entidades” de las bases de licitación, “El oferente que resulte adjudicado, no podrá ofrecer de manera independiente a las Entidades mejores condiciones que los adjudicados y catalogados por la DCCP mientras dure la vigencia del Convenio Marco, sin extender este beneficio al resto de las Entidades. Toda rebaja de precios o descuentos especiales a una determinada entidad deberá realizarse, siempre, a través del Catálogo Electrónico de Convenios Marco, según se indica en estas bases.”
64. Lo anterior implicaba que, en el evento que alguna de las requeridas incumpliera el acuerdo anticompetitivo y se adjudicara la licitación, se exponía al castigo de las demás empresas, mediante el expediente de incentivar a las Entidades a intentar obtener mejores condiciones a través de licitaciones públicas fuera del catálogo. Si la empresa que estaba dentro del catálogo decidía competir fuera del mismo, debía hacerlo considerando la obligación de extender el menor precio al interior del catálogo, el que contemplaba condiciones que pudiesen hacer eventualmente insostenible la oferta así generalizada. La amenaza era mayor, si se considera que esa extensión de mejor oferta también regía en el evento de realizarse a clientes distintos de las Entidades.
65. Por último, ratifica la existencia de este acuerdo anticompetitivo el que, entre la fecha de publicación de la licitación y la fecha de apertura de las propuestas, los representantes de las sociedades requeridas sostuvieron conversaciones telefónicas en al menos 44 oportunidades.
66. El acuerdo tuvo el efecto, evidentemente buscado por las requeridas, de que las Entidades siguieran efectuando una licitación o contratación para cada adquisición de mezcla asfáltica, sin las condiciones de garantía, multas,

descuentos por volumen, derecho a devolución, asistencia y capacitación buscadas por la licitación.

67. En definitiva, las requeridas, obrando previamente concertadas, realizaron ofertas tales que asegurasen el fracaso de una licitación que tenía por objeto mejorar las condiciones de compra de las Entidades.

V. EL DERECHO.

68. Según ha quedado establecido, las requeridas acordaron una manera artificiosa de operar, con el fin de hacer fracasar la licitación pública ID N° 2239-63-LP06, para cuyos efectos resolvieron no ofrecer descuentos por volumen, conviniendo los precios y demás términos y condiciones en que participarían en la licitación.

69. El acuerdo tuvo el efecto querido por las requeridas, esto es, que las Entidades continuasen operando en forma atomizada, sin acceder a las garantías y demás condiciones favorables buscadas por la licitación, esto es, las requeridas, previamente concertadas, impidieron que las Entidades mejorasen las condiciones en que hacen sus compras.

70. Las requeridas, con tal conducta, han atentado en contra de las normas de defensa de la libre competencia, pues según establece el artículo 3° del Decreto Ley N° 211:

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley...”.

71. El ilícito en cuestión es de la mayor gravedad, censurable per se, según ha dejado asentado la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional desde antaño.

72. En efecto, entre otras, las Resoluciones N° 5, de 11 de octubre de 1974 y N° 221, de 29 de abril de 1986, de la H. Comisión Resolutiva, consideraron que la transitoriedad y rectificación de las conductas de las requeridas sólo son antecedentes que pueden ser ponderados a la hora de determinar el monto de las multas aplicables, pero que, en definitiva, no constituyen causales de justificación o exculpación de su conducta colusiva.

73. En un caso particular de acuerdo horizontal para participar en licitaciones, la H. Comisión Resolutiva estableció, en la Resolución N° 67, de 31 de octubre de 1979, que esta clase de hechos deben ser sancionados con prescindencia de que se produzca un perjuicio para los consumidores o se haya obtenido necesariamente una ganancia ilícita.

74. El H. Tribunal ya se ha pronunciado en un caso similar a éste, por medio de su Sentencia N° 43, de 7 de septiembre de 2006, que en su considerando nonagésimo sexto dejó asentado que "...han incurrido en una práctica concertada con el objeto o efecto de hacer fracasar la licitación ...afectándose así gravemente la competenciaLas conductas así establecidas constituyen una clara violación al artículo 3° del Decreto Ley N° 211 ”.

Añade el H. Tribunal que la existencia de un efecto perjudicial derivado de la colusión, constituye un antecedente que “merece un juicio de reproche adicional”, de lo que no cabe sino concluir que la colusión es un ilícito que merece un reproche en sí mismo.

75. En todo caso, a diferencia de lo ocurrido en el asunto resuelto por la Sentencia N° 43/2006, existen en éste múltiples hechos o circunstancias que dan cuenta del acuerdo celebrado por las requeridas, a lo que debe añadirse que éstas no desarrollaron ninguna acción con el objeto de adjudicarse la licitación sino, al contrario, obraron de consuno para su fracaso.

76. En Estados Unidos, las “Pautas de defensa de la competencia para la evaluación de actos de colaboración entre competidores”, publicadas en el año

2000 por la Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia, disponen que constituyen ilícitos anticompetitivos *per se* los acuerdos que implican compromisos de no competir en precio o cantidad, citando como ejemplo típico de dicha clase de compromisos, entre otros, la coordinación de posturas en licitaciones.

Germán Coloma⁴ anota al efecto que dichas Pautas siguen la jurisprudencia sobre el tema, dentro de la cual cabe destacar EEUU c/ General Electric y otros (1961), por referirse a un acuerdo entre cuyas finalidades estaba realizar ofertas idénticas en determinadas licitaciones y no competir en otras.

Añade Germán Coloma que “la jurisprudencia europea sobre casos que involucran conductas de tipo colusivo ha tendido a seguir la práctica norteamericana de sancionar sin mayores excepciones todos los acuerdos de precios y cuotas, así como los repartos horizontales de mercados. La fundamentación de dichas sanciones, sin embargo, no se ha basado en la aplicación de las reglas *per se*, sino más bien en el encuadramiento de las prácticas colusivas dentro del apartado 1 del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, y en el hecho de que las mismas no cumplen con las condiciones de eximición previstas en el apartado 3 de dicho artículo.”⁵ Como se aprecia, esta práctica de la jurisprudencia comunitaria es equivalente a la sanción de la conducta *per se* antes reseñada.

77. En definitiva, el acuerdo que motiva este requerimiento es de la mayor gravedad, censurable *per se*, pudiendo sólo añadir reproche la eventual discusión acerca de los efectos que pudieron o no derivarse del mismo.

Por tales razones, a juicio de esta Fiscalía, resulta absolutamente necesario, para el restablecimiento del Derecho y para la salvaguardia de la institucionalidad de defensa de la competencia, que ese H. Tribunal establezca que el acuerdo que se denuncia es censurable en sí mismo,

⁴ Germán Coloma, Defensa de la Competencia. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2003. Págs. 91 y 98.

⁵ Op.cit. Pág. 105

pudiendo sólo añadir censura, pero jamás atenuar ni menos eximir reproche sus efectos.

Ahora bien, para efectos de determinar las multas solicitadas, esta Fiscalía ha considerado no solamente la gravedad de la infracción, sino también la participación de mercado y la capacidad económica de las requeridas (ventas anuales totales), de acuerdo con los criterios que ese H. Tribunal ha señalado en las Sentencias N° 38/2006 y N° 43/2006, entre otras.

POR LO TANTO,

Con el mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 19 y siguientes, 26 y 39 del Decreto Ley N° 211, así como en las demás normas aplicables,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITO tener por deducido requerimiento en contra de **MK ASFALTOS MOLDEABLES CHILE S.A., QUÍMICA LATINOAMERICANA S.A. y PRODUCTOS BITUMINOSOS S.A.,** ya individualizadas, acogerlo a tramitación y, en definitiva:

1. Declarar que las requeridas han incurrido en una conducta contraria a la libre competencia al sostener un acuerdo sobre precios y otras variables competitivas con el objeto de hacer fracasar la licitación pública ID N° 2239-63-LP06, con infracción a lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211.
2. Sancionar a PRODUCTOS BITUMINOSOS S.A. con una multa ascendente a 400 Unidades Tributarias Anuales; a QUÍMICA LATINOAMERICANA S.A. con una multa ascendente a 200 Unidades Tributarias Anuales; y a MK ASFALTOS MOLDEABLES CHILE S.A. con una multa ascendente a 50 Unidades Tributarias Anuales, o en el monto que el H. Tribunal estime en justicia.
3. Prevenir a las requeridas en orden a cesar en estas conductas y no realizarlas en el futuro, bajo apercibimiento de considerárseles reincidentes en ellas.

4. Condenar en costas a las requeridas.

Sírvase ese H. Tribunal acceder a lo solicitado, sin perjuicio de otras medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que estime pertinentes.

PRIMER OTROSI: Al H. Tribunal solicito tener por acompañados, con citación, los siguientes documentos:

1. Resolución Exenta N° 992B, de seis de octubre de 2006, que aprueba las bases de la licitación pública ID N° 2239-63-lp06.
2. Bases de la Adquisición Número 2239-63-LP06.
3. Respuestas a consultas y aclaraciones.
4. Acta de adjudicación CM 32/2006 ID N° 2239-63-LP06 por “mezcla asfáltica en frío”.
5. Resolución Exenta 1048B, que declara desierta la Propuesta Pública N° 32/2006, llamada para la contratación de “Mezcla Asfáltica en frío para bacheo”. Y
6. Anexos N° 1 y N° 2, que contienen las ofertas presentadas por cada una de las requeridas, éstos, bajo apercibimiento.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvasese ese H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta del Decreto Supremo de mi nombramiento en el cargo de Fiscal, copia autorizada del cual se encuentra bajo la custodia de la Secretaría de ese H. Tribunal.

Asimismo, sírvasese ese H. Tribunal tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, con el domicilio ya indicado, asumo la defensa de la Fiscalía Nacional Económica en estos autos, y confiero poder a los abogados de la Fiscalía don Boris Santander Cepeda y doña Carolina Bawlitza Fores, habilitados para el ejercicio de la profesión, de mi mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente, y que firman junto a mí en señal de aceptación.



ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO