

Santiago, dieciséis de abril de dos mil nueve.

Vistos:

En estos autos ingreso Corte N° 96-09 sobre requerimiento de la **Fiscalía Nacional Económica contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros**, por sentencia N° 79 de diez de diciembre de dos mil ocho, que está escrita a fojas 1056, se desestimó el requerimiento por falta de prueba.

El requerimiento que hiciera la Fiscalía Nacional Económica atribuía a las sociedades MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. (MK), Productos Bituminosos S.A. (PB o PROBISA) y Química Latinoamericana (QL) haberse coludido para fijar el precio ofrecido con el objeto de hacer fracasar la licitación pública solicitada por la Dirección Regional Metropolitana de Vialidad para la adquisición de mezcla asfáltica en frío destinada a reparar los baches existentes en 29 comunas de la Región Metropolitana, conducta que tuvo como consecuencia que la misma fuera declarada desierta, manteniéndose así la situación de contratación vigente hasta entonces sin que fuera posible mejorar las condiciones de compra.

El ente fiscalizador atribuyó la conducta anticompetitiva después de constatar la coincidencia y similitud de los precios y demás condiciones ofertadas en relación con la dispersión de precios ofertados en anteriores licitaciones, la circunstancia de que los precios ofrecidos eran superiores a los precios promedio cobrados con anterioridad en otras licitaciones sin que este incremento estuviese justificado en costos, las numerosas conversaciones telefónicas habidas entre las requeridas en el período que media entre la publicación de las bases y la apertura de las respectivas propuestas, 44 veces a lo menos, el hecho de que todas las requeridas se presentaron a la licitación con el mismo precio en lo que se refiere al formato a granel, el que en todo caso es muy superior al de mercado, la circunstancia de que ninguna de las requeridas ofertó descuentos por volumen no obstante que ello les restaría puntaje en el proceso y el hecho de que en alguna oportunidad las requeridas manifestaron su disconformidad con las nuevas condiciones exigidas por la licitación de que se trata.

Explica que la licitación tenía la modalidad "Convenio Marco", en la que es posible seleccionar las mejores ofertas según los parámetros previamente establecidos, las que son incluidas en un catálogo que tiene una vigencia de seis meses y que es consultado en forma preferente por los compradores, especialmente municipios y entidades públicas. Para ello los oferentes debían incluir en sus ofertas el prestar

asistencia técnica en terreno y capacitaciones técnicas, entregar boletas de garantías, comprometerse a extender al catálogo los mejores precios que ofreciera fuera de él, ya a terceros ya a las mismas entidades, y aceptar la devolución del producto comprado hasta un 10%, exigencias todas que tenían por objeto mejorar las actuales condiciones de compra para los interesados ya que los clientes compradores de mezcla asfáltica en frío no estarían obligados a adquirir sólo a los adjudicatarios sino que serían libres de hacerlo a otras empresas proveedoras en la medida que les ofrecieran mejores condiciones que las del catálogo.

En este sentido, agrega, de haber sido exitosa la licitación las empresas adjudicatarias habrían seguido compitiendo con las demás empresas proveedoras del producto después de verificada ésta.

La sentencia del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia rechazó el requerimiento porque estimó que no se logró demostrar la aptitud del acuerdo para afectar negativamente la libre competencia en el mercado de que se trata, cual es el de mezcla asfáltica en frío para bacheo, producto que se caracteriza por ser un producto homogéneo que no requiere preparación, tiempos de espera o secado tras su aplicación ni personal técnico o calificado para su instalación. Es un mercado altamente concentrado cuya cobertura geográfica es a nivel nacional y el principal demandante o interesado es la Administración del Estado, tanto así que QL y MK registran un 70% de ventas a entidades públicas mientras que PB registra un 40%, pero como se dejó asentado en el fallo existe una gran cantidad de oferentes o proveedores, además de las requeridas, de tal suerte que, produciéndose la competencia relevante después de la licitación, no se advierte el beneficio esperado con las conductas imputadas. Por ello concluyen que el presunto acuerdo en los precios que se les atribuye a las requeridas no tenía la aptitud de producir un resultado contrario a la libre competencia en el mercado relevante de que se trata.

A mayor abundamiento, estimó el señalado tribunal que la existencia del acuerdo en cuestión no logró ser acreditada, estimando insuficientes los indicios aportados por la requirente en orden a formar convicción acerca de este tópico.

Contra esta sentencia la Fiscalía Nacional Económica dedujo recurso de reclamación para cuyo conocimiento se ordenó traer estos autos en relación.

Considerando:

Primero: Que por la reclamación se alega, al contrario de lo que sostiene el fallo, que se encuentran acreditados todos y cada uno de los elementos que configuran la conducta imputada, a saber: la existencia de un acuerdo entre competidores, la incidencia del mismo en algún elemento relevante de la competencia y su aptitud objetiva para restringirla;

Segundo: Que, según se señala, es dable presumir la colusión dado que los oferentes presentaron idénticas condiciones, ofertaron precios superiores a los de mercado, ofertaron formatos proveídos por sus competidores y no los presentaron en aquello en que no enfrentaban competencia, mantuvieron conversaciones telefónicas en el período que media entre el llamado a licitación y la apertura de las ofertas, corroborado esto último por la declaración de dos testigos que habrían manifestado, además, que conversaron acerca del precio que ofertarían;

Tercero: Que en lo que hace a la incidencia del acuerdo en variables competitivas se aduce en la reclamación que el objetivo del mismo se cumplió, toda vez que el proceso de licitación fracasó impidiéndose así que las condiciones de compra mejoraran, lo que resulta suficiente en su concepto para establecer su aptitud;

Cuarto: Que previo a analizar el recurso útil resultar consignar que la norma en la que se sustenta el requerimiento es el artículo 3 letra a) del Decreto ley N°211, que dispone: “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, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.”

“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.”

Quinto: Que, entonces, para saber si concurre en la especie la conducta anticompetitiva antes referida es importante examinar la situación fáctica que se

dejó asentada en autos desde que, como bien se señaló en el fallo que se revisa, en este caso se requiere demostrar la existencia del acuerdo entre los competidores, su incidencia en algún elemento relevante de la competencia y su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a ella, esto es, capacidad para restringirla.

Valga señalar además sobre este mismo tema que, según sostiene la doctrina, la colusión o acuerdo de no competencia tiene por finalidad incrementar los beneficios conjuntos de los involucrados, para lo cual éstos deben estar en posición y tener la capacidad para llevar a efecto la conducta, adquiriendo relevancia también la existencia o no de barreras de entrada al mercado en el que operan y las características de éste por ser circunstancias que tienden a favorecer la colusión, y que, por último, las cotizaciones idénticas en licitaciones son una señal que puede llegar a constituir evidencia (Germán Coloma: “Defensa de la Competencia”, Editorial Ciudad Argentina, 2003 y en el mismo sentido Mariano Carbajales y Dardo Marchesini: “Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia”, Vilela Editor, Buenos Aires, 2002);

Sexto: Que también es útil consignar que, tal como esta Corte ha sostenido en fallos anteriores sobre esta materia, correspondía a la Fiscalía probar las imputaciones que formuló en el requerimiento;

Séptimo: Que el fallo reclamado deja asentados los siguientes hechos:

- a) La Licitación ID N°2239-63-LR, llamada por la Dirección de Compras y Contratación Pública el 6 de octubre de 2006, tenía la modalidad “Convenio Marco” (considerando 17°);
- b) Conforme al Convenio existía la posibilidad de realizar las compras de mezcla asfáltica en frío para bacheo a empresas que no hubiesen participado o que habiendo participado no se hubiesen adjudicado la Licitación (motivo 19°);
- c) En el mercado de mezcla asfáltica en frío para bacheo existía una gran cantidad de oferentes además de las requeridas, entre los años 2004 y 2007 (fundamento 26°);
- d) En el mercado de que se trata no existían (a la época de los hechos) barreras de entrada (basamento 27°);
- e) Esta Licitación era sustancialmente diferente de las anteriores, imponía nuevas y mayores exigencias, como que los oferentes debían prestar asistencia técnica en terreno y capacitaciones técnicas, entregar una boleta de garantía, comprometerse a extender al catálogo los mejores precios que ofrecieran fuera del Convenio Marco, fuere a terceros o a las mismas entidades compradoras, aceptar

la devolución de hasta un 10% del total de producto comprado, y que el plazo para formular ofertas fue de tan sólo trece días (Considerandos 30º, 31º y 35º);

f) Las requeridas no recibían descuentos por volumen de sus proveedores (motivo 32º);

g) Existían relaciones comerciales entre las requeridas (fundamento 38º);

h) Según consta de las Bases, la Dirección de Compras y Contratación Pública se reservaba el derecho de adjudicar la Licitación a oferentes que no alcanzaran el puntaje mínimo o de declararla desierta si las ofertas no se ajustaban a sus intereses (basamentos 36º y 39º);

i) No se acreditó la existencia de un acuerdo (razonamiento 41º);

Octavo: Que sobre la base de los presupuestos de hecho antes apuntados los jueces del grado concluyeron que el presunto acuerdo que se atribuía a las requeridas no era apto para producir un resultado contrario a la libre competencia en el mercado relevante de que se trata, que no es otro que el de mezcla asfáltica en frío para bacheo para todo el territorio nacional.

Lo anterior habida consideración de que, en primer lugar, en este mercado existía una gran cantidad de oferentes además de las requeridas, todos los cuales habrían sido posibles competidores de los adjudicatarios de la Licitación dada la modalidad de "Convenio Marco", el que supone que los demandantes no están obligados a comprar a los adjudicatarios sino que son libres de hacerlo a otras empresas proveedoras -otros oferentes- en la medida que les ofrecieren mejores condiciones que las dadas en el catálogo. En seguida, en el mismo mercado tampoco existían barreras de entrada, factor favorecedor de toda colusión. En estas circunstancias, no se lograban advertir los beneficios que podrían haber esperado las requeridas con la conducta imputada, ya que si no hubiesen querido competir les habría bastado con no presentarse a la licitación;

Noveno: Que así las cosas, los jueces estimaron que en la especie no concurría uno de los presupuestos que la figura anticompetitiva requiere, cual es la idoneidad o aptitud del acuerdo atribuido, sin que resultara suficiente para determinar este factor la sola circunstancia del fracaso de la licitación desde que las propias Bases contemplaban esta posibilidad confiriéndole la facultad a la Dirección de Compras y Contratación Pública de declararla desierta si las ofertas no se ajustaban a sus intereses;

Décimo: Que, a mayor abundamiento, tampoco estimaron acreditada la existencia del tal acuerdo. En efecto, ponderada que fuera la prueba rendida de conformidad

a las reglas de la sana crítica, no lograron adquirir la convicción acerca de este presupuesto porque estimaron insuficientes los indicios aportados por la Fiscalía para presumirlo ya que, por el contrario, muchos de ellos fueron desvirtuados o justificados por las requeridas;

Undécimo: Que, en efecto, y según se anotó en el fundamento séptimo precedente, los oferentes probaron las relaciones comerciales que las ligaban, de manera que resultaba justificada la comunicación que podría haber existido entre ellas; en otras palabras, la comunicación o tráfico de llamados presentado como indicio no sólo pudo tener como motivo la licitación en comento sino que otros muy distintos. Por otra parte, acreditaron que ellas no recibían descuentos por volúmenes de parte de sus proveedores, de modo que parece justificado que no ofertaran descuentos a su vez por este concepto. Y también aparece razonable que no señalaran plazos de entrega, de reposición ni recargos por flete a regiones distintas a la de origen al no tener determinada la cantidad de producto a despachar ni su precio por un período de seis meses dada la volatilidad del importe del petróleo;

Duodécimo: Que, entonces, la sola circunstancia de existir similitud entre las ofertas presentadas para el formato de 20 Kg. y el haber informado capacidades de producción parecidas no constituyen indicios suficientes, per se, para presumir la existencia del acuerdo en cuestión y así lo sostuvo el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, conclusión que esta Corte comparte, sin que se advierta en ello transgresión alguna a la forma de valorar la prueba ya que ella ha sido apreciada conforme a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados;

Decimotercero: Que por todo lo expuesto forzoso es concluir que la reclamación en estudio carece de sustento y por lo mismo debe ser desestimada.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto con Fuerza de Ley N Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, **se rechaza el recurso de reclamación deducido por la Fiscalía Nacional Económica** a fojas 1081 en contra de la sentencia N°79 del Honorable Tribunal de

Defensa de la Libre Competencia de diez de diciembre de dos mil ocho, que está escrita a fojas 1056.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Carreño.

Nº 96-09.