

ANT.: Denuncia en contra de la  
Empresa Portuaria San  
Antonio. Rol 2017-11 FNE.

MAT.: Minuta de Archivo.

Santiago, 12 de abril de 2012

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO  
DE : JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto Ley N° 211, de 1973 ("DL 211"), y a la Guía Interna para el Desarrollo de las Investigaciones y para las Actuaciones Judiciales de la Fiscalía Nacional Económica, sugiero al Señor Fiscal Nacional Económico proceder al archivo de la denuncia del Antecedente, en virtud de los argumentos que se exponen a continuación:

#### I. ANTECEDENTES

1. El 20 de diciembre de 2011, se presentó una denuncia ante esta Fiscalía por presuntas prácticas anticompetitivas que se habrían ejecutado en el marco de la Propuesta Pública SAI 07/2011, para la adquisición de defensas flotantes para el Sitio N° 9 de la Empresa Portuaria San Antonio (la "Licitación").
2. En su presentación la denunciante señala que las empresas que concurrieron a la Licitación fueron Kupfer Hermanos<sup>1</sup>, Repdeval Equipos y Glentech Chile Ltda. ("GLENTECH"). La segunda de dichas empresas sería quien, en definitiva, se adjudicaría la subasta.
3. Agrega que, aún cuando GLENTECH presentó la oferta económica más conveniente para la Empresa Portuaria San Antonio ("EPSA"), la misma fue

<sup>1</sup> La denunciante agrega que si bien esta empresa fue descalificada por no presentar boleta de garantía, luego de algunos reclamos que la misma efectuó, la Empresa Portuaria San Antonio accedió a abrir, de todas formas, su propuesta.

desechada, para lo cual la demandante del bien o servicio objeto de la Licitación habría invocado un argumento que, en concepto de la denunciante, sería falso.

4. En concreto, el 27 de octubre de 2011, GLENTECH recibió una carta de EPSA donde se le indicó que su propuesta no había calificado técnicamente, en atención a que "...la performance ofrecida es inferior a la requerida en las especificaciones técnicas (solicitada 675 KN-m v/s 663 KN-m propuesta)".
5. Al respecto, cabe señalar que en el punto 4 de las Especificaciones Técnicas de las Bases de la Licitación se señaló que las defensas debían tener la siguiente performance mínima:

**CUADRO N° 1**  
**Performance mínima de las defensas flotantes**

| Concepto               | Estándar mínimo |
|------------------------|-----------------|
| Absorción de energía   | 675 kNm         |
| Fuerza de reacción     | 1.481 Kn        |
| Presión sobre el casco | 188 kNm2        |
| Tolerancia             | +/-10%          |

Fuente: Bases de Licitación.

6. En opinión de la denunciante, el motivo argüido por EPSA para desechar su propuesta técnica sería falso, porque, de acuerdo a las Bases de Licitación, todos los parámetros señalados considerarían un rango de tolerancia de 10%. Agrega que en la industria es común operar con márgenes de tolerancia de ese orden, señalando que incluso las especificaciones técnicas de los fabricantes contemplarían una flexibilidad de esa magnitud.
7. En estos términos, lo que motiva la presentación es que la oferta que GLENTECH formuló para la Licitación habría sido desechada por EPSA en base a argumentos falsos, adjudicando la subasta a la empresa Repdeval Equipos, en circunstancias que ésta formuló una oferta más onerosa para la empresa portuaria.

8. En concepto de la denunciante, el referido hecho sería constitutivo de una infracción a las letras a) y b) del artículo 3 del DL 211. A la letra a), porque *"... puede haber existido entre la denunciada EPSA y la oferente un acuerdo para adjudicarle a esta última la licitación no obstante no tener el precio más competitivo..."*; y, a la letra b), porque *"... [EPSA] explota abusivamente su posición en el mercado imponiendo otros abusos, en éste caso el abuso consistente en adjudicar a un competidor más caro la licitación bajo el pretexto de argumentos falsos"*.

## II. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA

9. En lo que se refiere a la presunta infracción a la letra a) del artículo 3 del DL 211, como cuestión preliminar, es necesario recordar que, en materia de colusión en licitaciones públicas, el producto relevante corresponde al objeto, derecho o servicio que se pretende adjudicar<sup>2</sup>.
10. En estos casos, el ilícito previsto en la letra a) del artículo 3 del DL 211 tiene por objeto evitar que quienes concurren como *participantes* a la licitación, ofreciendo el bien o servicio requerido, sustituyan competencia por coordinación. En general, este tipo de acuerdos se explican como mecanismo de reparto de mercado o para que los postulantes se adjudiquen la licitación en términos más convenientes que aquellos que obtendrían de mediar efectiva competencia, con el consecuente perjuicio para el organismo público que convoca a la subasta.
11. En concepto de la denunciante, el hecho que motiva su presentación infringiría la disposición legal recién referida, porque *"...puede haber existido entre la denunciada EPSA y la oferente un acuerdo para adjudicarle a esta última la licitación..."*. Es decir, se denuncia un presunto acuerdo que se habría verificado entre la *empresa portuaria* licitante y el *postulante* que se adjudicó la Licitación.

---

<sup>2</sup> Ver Sentencia 112/2011, Considerando Cuadragésimo Sexto, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

12. Como se dijo en el apartado I., las empresas que concurren como competidores a la Licitación fueron Kupfer Hermanos, Repdeval Equipos y GLENTECH.
13. Pues bien, conforme al mérito de la denuncia y de los antecedentes acompañados en dicha presentación, no se aprecia que se hayan verificado hechos que pudiesen ser sintomáticos de la existencia de un acuerdo entre tales empresas y que hubiese tenido por objeto alterar el resultado de este proceso licitatorio.
14. Por otro lado, el denunciante estima que se configuraría una infracción a la letra b) del artículo 3 del DL 211, en atención a que "... [EPSA] *explora abusivamente su posición en el mercado imponiendo otros abusos, en éste caso el abuso consistente en adjudicar a un competidor más caro la licitación bajo el pretexto de argumentos falsos*".
15. Para determinar si la conducta denunciada configura un abuso de posición dominante, esta División se centrará, como cuestión preliminar, en los incentivos que tendría EPSA para abusar de una presunta posición dominante de tipo monopsónica<sup>3</sup> en la adquisición de defensas flotantes.
16. Como es sabido, el principal incentivo para que una empresa con cierto grado de poder monopsónico abuse del mismo consiste en la posibilidad de beneficiarse directamente de la conducta, mediante la imposición de condiciones abusivas para forzar a un oferente a venderle un bien o servicio al menor precio posible.
17. Asimismo, los incentivos que puede tener un agente económico con poder de compra también pueden referirse a la adquisición de beneficios de una manera más indirecta, mediante un apalancamiento o traspaso de su posición de dominio a otros mercados. Así, si EPSA estuviese integrado verticalmente con un competidor de GLENTECH, podría ser conveniente para la primera imponer condiciones abusivas a esta última, con el objeto

---

<sup>3</sup> Se supondrá tal posición para efectos del análisis.

de dificultar su operación o forzarla a salir del mercado aguas arriba, todo con beneficio para su relacionada.

18. Pues bien, en la especie no se aprecia que concurra ninguno de dichos incentivos, lo que hace improbable una infracción al artículo 3, letra b), del DL 211. Es más, incluso es posible constatar la existencia de circunstancias que parecen ser más bien incompatibles con el ejercicio abusivo de una presunta posición de dominio en el mercado de adquisición de defensas flotantes.
19. En efecto, en lo que se refiere a un eventual traspaso de una presunta posición de dominio al mercado aguas arriba, cabe señalar que las disposiciones contenidas en los artículos 4 y siguientes de la Ley N° 19.542, que moderniza el sector portuario estatal, no contemplan la posibilidad de que una empresa portuaria efectúe, directa o indirectamente, operaciones análogas a aquéllas que lleva a cabo GLENTECH, con lo que, por aplicación del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, EPSA se encontraría impedida de desarrollar un giro igual o similar al de la denunciante. Lo anterior, porque el artículo 4 de la referida ley limita el objeto de las empresas portuarias a *"...la administración, explotación, desarrollo y conservación de los puertos y terminales, así como de los bienes que posean a cualquier título, incluidas todas las actividades conexas inherentes al ámbito portuario indispensables para el debido cumplimiento de éste. Podrán, en consecuencia, efectuar todo tipo de estudios, proyectos y ejecución de obras de construcción, ampliación, mejoramiento, conservación, reparación y dragado en los puertos y terminales. Asimismo, podrán prestar servicios a terceros relacionados con su objeto"*.
20. A mayor abundamiento, sin perjuicio de lo que señala la Ley, en base a los antecedentes que ha recopilado esta División, en los hechos las demás empresas que concurren a la Licitación no estarían relacionadas con EPSA<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Esta Fiscalía pesquisó en el Diario Oficial, en el Conservador de Bienes Raíces de Santiago, entre otras fuentes de información.

21. Por otra parte, la posibilidad de que EPSA haya impuesto condiciones *anticompetitivas* a GLENTECH, con el objeto de beneficiarse pagando *un precio inferior al competitivo* tampoco parece factible. Tal imposición de condiciones no se condice con la forma en que se verificaron los hechos, pues, en definitiva, no fue la empresa que formuló la propuesta más económica para la denunciada la que se adjudicó la Licitación.
22. Por todo lo anterior, en concepto de esta División, no se aprecia la existencia de antecedentes que pudiesen configurar una infracción al DL 211, sin perjuicio del derecho de GLENTECH para ejercer las acciones que estime procedentes en las sedes que sean competentes.
23. Con todo, se pudo constatar que las Bases de Licitación contienen disposiciones que podrían disminuir la competitividad de las mismas. En efecto, se pudo constatar que los criterios de adjudicación son indeterminados. Así, en el numeral 10 de las Bases Administrativas, se señala únicamente que la Licitación será adjudicada al oferente que presente la oferta “...*que mejor satisfaga los intereses de la empresa*” sin establecer de manera expresa si el factor técnico tendrá algún puntaje o si se estará sólo al mérito de la oferta económica, agregando que la empresa portuaria podrá dejar la Licitación sin efecto, sin expresión de causa<sup>5</sup>.

### III CONCLUSIONES

24. Con fecha 20 de diciembre de 2011, se ha presentado ante esta Fiscalía una denuncia en contra de la Empresa Portuaria San Antonio, fundada en que, en el marco de la Propuesta Pública SAI 07/2011, para la adquisición de defensas flotantes para el Sitio N° 9 de la Empresa Portuaria San Antonio, ésta habría desestimado la oferta formulada por GLENTECH, invocando al efecto argumentos que, según se señala en dicha presentación, serían falsos.

---

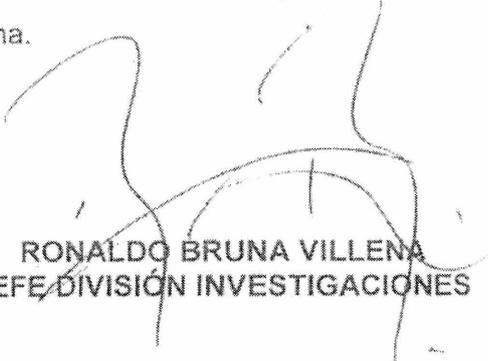
<sup>5</sup> Además, el lapso que media entre la publicación y la fecha de presentación de ofertas sería de sólo 23 días, plazo que podría resultar exiguo de acuerdo a los criterios sostenidos por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para otros mercados (Resuelvo 3° de las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios).

25. En concepto de la denunciante, lo anterior sería constitutivo de una infracción al artículo 3, letras a) y b), del DL 211, en atención a que, conforme sostiene en su presentación, pudo haber existido un acuerdo entre EPSA y la empresa adjudicataria, como también se configuraría un abuso de posición dominante por parte de dicha empresa portuaria, al adjudicar la Licitación a un competidor que formuló una oferta más cara.
26. Luego de analizar la exposición de hechos que se efectúa en la denuncia y los antecedentes acompañados a esa presentación, no se aprecia que existan antecedentes de los que se pueda desprender que podría haberse configurado una infracción al artículo 3 del DL 211, sea en su letra a), sea en su letra b).
27. En efecto, en lo que se refiere a la presunta infracción al artículo 3, letra a), del DL 211, en concepto de esta División, no habrían elementos que pudiesen ser indiciarios de que haya existido algún tipo de acuerdo anticompetitivo entre dos o más de las empresas que concurren a la Licitación, lo que permite descartar la necesidad de realizar indagaciones adicionales a este respecto.
28. Por otro lado, esta División estima que en el caso en comento no es posible constatar la existencia de incentivos por parte de EPSA que pudiesen explicar la racionalidad de un presunto abuso de poder monopólico. A mayor abundamiento, la Licitación fue adjudicada a una empresa que formuló una oferta más onerosa para aquella.
29. Con todo, esta División pudo percatarse que las Bases Administrativas consagran disposiciones que podrían no estar en sintonía con la conveniencia de que los criterios de adjudicación estén claramente determinados con anterioridad a la presentación de ofertas. En efecto, se contempla la posibilidad de que la denunciada adjudique la Licitación a la propuesta "*...que mejor satisfaga los intereses de la empresa*". Además, se agrega que la referida empresa portuaria puede dejar la Licitación sin efecto, aún sin expresión de causa.

IV. RECOMENDACIÓN

Por todo lo señalado, en concepto de esta División, el hecho denunciado no es constitutivo de una infracción al DL 211, por lo que se recomienda proceder al archivo de esta denuncia y de todos los antecedentes acompañados a la misma.

Saluda atentamente a usted,



RONALDO BRUNA VILLENA  
JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES