

ANT.: Denuncia sobre presuntas prácticas anticompetitivas en el mercado de licitaciones de concesiones de plantas de revisión técnica en la Quinta Región. Rol 2172-13 FNE.

MAT.: Minuta de archivo (I).

Santiago, 19 JUN 2013

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES

Por la presente vía, esta División informa al Sr. Fiscal Nacional Económico acerca de la denuncia del Antecedente, recomendando proceder a su archivo, en virtud de los argumentos que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. El 21 de diciembre de 2012, se presentó ante esta Fiscalía una denuncia en contra del Señor Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, por la ejecución de supuestas prácticas que podrían ser atentatorias contra la libre competencia, en que habría incurrido la Secretaría Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones de la Quinta Región ("**SEREMITT**").
2. El denunciante ha señalado que doña Gloria Basualto Mateluna, Secretaria Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones de la Quinta Región, habría organizado una reunión a la que sólo habría citado a empresas incumbentes en el mercado de concesiones de plantas de revisión técnica en la Región de Valparaíso. De acuerdo a lo expuesto en la referida presentación de 21 de diciembre de 2012, este encuentro habría tenido por objeto referirse a las modificaciones que habría sufrido la regulación sectorial, particularmente el Decreto Supremo N° 156 de 1990, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que reglamenta

revisiones técnicas y la autorización y funcionamiento de las plantas revisoras¹.

3. Asimismo, en la denuncia se indica que, en el contexto de la referida reunión, que tuvo lugar el 27 de noviembre de 2012, la autoridad le habría entregado información (que el denunciante califica de) *privilegiada* a los asistentes, consistente en: (i) indicación de que las bases de licitación correspondientes estarían listas la semana siguiente a la reunión; y (ii) se llamaría a licitación en el transcurso del mes de enero del presente año. Es decir, de acuerdo a la denuncia, no sólo se abordó el tema para el cual la misma se citó², sino que se habría hecho mención, además, a los dos puntos recién señalados.
4. Con ocasión de las diligencias que se llevaron a cabo en virtud del art. 41 del Decreto Ley N° 211, de 1973 (el "DL 211"), esta División tomó conocimiento de que, en el marco de la referida reunión, se le habría informado a los incumbentes que las bases de licitación respectivas ya estaban siendo revisadas por la Contraloría General de la República ("CGR")³.
5. En concepto del denunciante, los hechos descritos precedentemente serían constitutivos del ilícito de colusión, previsto en el artículo 3 letra a) del DL 211 y, por ello debieran ser sancionados con las medidas del art. 26 de la misma norma.
6. A objeto de esclarecer los hechos denunciados, esta División llevó a cabo una serie de indagaciones, entre las que se cuentan sendas tomas de declaración a representantes de empresas relacionadas con el rubro.
7. A propósito de las referidas diligencias de investigación, esta División pudo determinar que, luego de que la SEREMITT le habría señalado a los

¹ Este cuerpo normativo fue modificado por el Decreto N° 95, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial el 26 de noviembre de 2012, que modifica el Decreto N° 156 de 1990.

² Tal como consta de correo electrónico de 23 de noviembre de 2012, enviado por un funcionario de la SEREMITT a una serie de empresas.

³ Declaración voluntaria de 10 de enero de 2013, de un agente del mercado ante funcionarios de esta División.

asistentes que las bases de licitación correspondientes estaban siendo revisadas por la CGR, el representante de una de las empresas incumbentes solicitó, en virtud de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, que se le otorgaran copias de la Resolución N° 251, de 27 de noviembre de 2012, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que aprueba bases de licitación para otorgar concesiones para operar establecimientos que practiquen revisiones técnicas de vehículos.

8. Con fecha 4 de diciembre de 2012, la CGR emitió la Resolución 075408, por medio de la cual ese organismo le concedió al incumbente solicitante copias de la Resolución N° 251, que contenía las Bases de Licitación para otorgar concesiones para operar establecimientos que practiquen revisiones técnicas de vehículos (las "**Bases**").
9. Luego, de acuerdo a información allegada a esta Fiscalía, el 5 de febrero de 2013, por Resolución N° 41 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, se llamó a licitación pública para otorgar concesiones para operar establecimientos que practiquen revisiones técnicas de vehículos en la Región de Valparaíso⁴ (la "**Resolución**").
10. Finalmente, con fecha 29 de mayo de 2013, la empresa Ramírez y Compañía Limitada presentó una demanda en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Aún cuando los extremos fácticos del libelo son bastante más amplios que los que contiene la denuncia, aquéllos también abordan la ya referida reunión de 27 de noviembre de 2012, convocada por la SEREMITT⁵.

⁴ Concretamente, se trata de 8 concesiones que operarían en las localidades señaladas en la tabla del Resuelvo 12° de la referida Resolución N° 41, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, la que obra en el expediente investigativo.

⁵ Con todo, se aprecian ciertas diferencias entre las especificaciones referentes a dicha reunión que contiene la demanda, por una parte, y los antecedentes recopilados por esta División en el marco de esta denuncia, por la otra.

II. EL MERCADO

11. Como bien es sabido, en materia de licitaciones públicas, el producto relevante corresponde al objeto, derecho o servicio que se pretende adjudicar⁶. En estos términos, el mercado relevante estaría constituido por cada una de las ocho concesiones para operar plantas que prestarán los servicios de revisión técnica y verificación de emisión de contaminantes a los vehículos⁷ en distintas comunas de la Región de Valparaíso.
12. En lo que se refiere a posibles limitaciones para participar en el proceso licitatorio, como ocurre en toda subasta pública, un potencial competidor debe dar cumplimiento, entre otros requisitos, a las especificaciones técnicas contenidas en las bases de licitación, que en este caso particular se encuentran en el numeral 2.1 de las Bases (“Bases Técnicas”).
13. Al respecto, es relevante señalar que en las mencionadas Bases Técnicas se indican ciertos requisitos que deben cumplir los locales e instalaciones, a objeto de operar como plantas revisoras⁸. Tales especificaciones se traducen en condiciones de accesibilidad y dimensiones para las zonas de revisión, exteriores y de atención al cliente, que forman parte de las plantas revisoras⁹. Dichos requisitos podrían implicar que sólo determinados terrenos sean aptos para la prestación del servicio licitado.
14. Las dificultades y el costo para conseguir un terreno que cumpla con las características mencionadas en el párrafo anterior, podrían verse

⁶ Ver Sentencia 112/2011, Considerando Cuadragésimo Sexto, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En el mismo sentido, Organisation for Economic Co-operation and Development, *Competition in Bidding Markets*, 2006, pág. 160, disponible en <http://www.oecd.org/competition/cartels/38773965.pdf>

⁷ El otorgamiento de estas concesiones debe hacerse en virtud de una licitación pública, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley N° 18.696, del Ministerio de Hacienda, promulgada el 30 de marzo de 1988, que modifica artículo 6 de la ley N° 18.502, autoriza importación de vehículos que señala y establece normas sobre transporte de pasajeros, el otorgamiento de estas concesiones debe hacerse en virtud de una licitación pública.

⁸ Estos requisitos son adicionales a aquéllos contemplados en el Decreto N° 156, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, promulgado el 16 de octubre de 1990, que reglamenta revisiones técnicas y la autorización y funcionamiento de las plantas revisoras.

⁹ Cabe señalar que, según indica el Anexo N° 1 de la ya mencionada Resolución 251, existen diferencias en las dimensiones exigidas para las plantas, de acuerdo al tipo de vehículos objeto de revisión. Así, por ejemplo, el largo mínimo aceptado de una zona de revisión L (de vehículos livianos) es de 22 metros, mientras que la zona de revisión P (de vehículos pesados) es de 42 metros.

incrementadas en ciudades de mayor densidad poblacional (como Viña del Mar y Valparaíso)¹⁰. Asimismo, de acuerdo a lo señalado en la denuncia, el avalúo comercial de los inmuebles aumentaría considerablemente con ocasión del conocimiento público de este tipo de licitaciones.

III. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

15. La denuncia se refiere a una presunta infracción al artículo 3 letra a) del DL 211, en atención a que, en concepto del denunciante, los supuestos de hecho expuestos en su presentación de 21 de diciembre de 2012, habrían podido excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación en el mercado relevante señalado.
16. Como se aprecia en la denuncia, los supuestos fácticos –expuestos en la forma que lo fueron en esa presentación– parecen no satisfacer por sí solos los elementos de la figura del artículo 3 letra a) del DL 211¹¹, pues se referirían únicamente a un actuar unilateral de parte de la SEREMITT y no a una confluencia de voluntades entre competidores, lo cual constituye la acción típica del referido precepto. A mayor abundamiento, la denuncia está dirigida únicamente contra el Sr. Ministro de Transportes y Telecomunicaciones.
17. Sin embargo, es necesario manifestar que el hecho de que la SEREMITT no sea un competidor, no la convierte en un sujeto que sea inmune respecto de los mandatos y prohibiciones contenidos en la normativa que incumbe a este Servicio¹²⁻¹³.

¹⁰ Ver declaración de agente de mercado, de 10 de enero de 2013.

¹¹ El H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el Considerando Sexagésimo Sexto, de la Sentencia 112/2011, se ha pronunciado respecto de los requisitos que, en su concepto, ha de reunir un supuesto de hecho para que sea constitutivo del ilícito de colusión: “(i) confluencia de voluntades entre competidores; (ii) que dicha confluencia de voluntades tenga por objeto restringir, afectar o eliminar la competencia en el mercado relevante afectado, o a lo menos que tienda a producir tales efectos; y (iii) que dicho acuerdo les confiera un poder de mercado suficiente para producir el efecto antes mencionado”.

¹² Ver Sentencia 94/2010, Considerandos Nonagésimo y siguientes, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En esa oportunidad, el H. Tribunal se refirió a la posibilidad de hacer responsable a la Secretaría Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones de la Décima Región, por haber facilitado que competidores alcancen un acuerdo contrario a la libre competencia.

¹³ Así lo ha manifestado también el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Considerando Decimocuarto de la Instrucción de Carácter General N° 3/2013 de 21 de marzo de 2013, donde se señala que la autoridad puede ser responsable por actuaciones anticompetitivas

18. Así, esta Fiscalía, teniendo en consideración que la experiencia indica que en ocasiones los organismos públicos podrían ser utilizados como plataforma para que los actores del mercado alcancen acuerdos anticompetitivos, ya ha manifestado que es recomendable que las entidades del Estado que participen en llamados a licitación limiten sus contactos con los potenciales participantes en dichos procesos, señalando expresamente que deberían evitarse las reuniones presenciales antes de la subasta¹⁴.
19. Cabe hacer presente que, a la fecha de la reunión a que hace referencia la denuncia, no se había emitido aún la Resolución que contenía la individualización de las comunas objeto de licitación. La especificación de las mismas tampoco estaba contenida en las Bases, sino que fue conocida recién con la dictación y publicación de la Resolución emitida, como ya se indicó, el 5 de febrero de 2013.
20. En estos términos, si bien las Bases contemplan especificaciones que, junto a otros factores, podrían reducir el espectro de terrenos aptos para ser utilizados como plantas de revisión técnica, las mismas consistirían en un formato tipo, aplicable a todas las licitaciones convocadas en virtud del artículo 4 de la Ley N° 18.696, que no contiene ninguna referencia respecto a comunas específicas que serían objeto de licitación. La individualización de tales comunas fue conocida formalmente recién, como se indicó, con la Resolución, instrumento que también señaló, para cada localidad, la clase de planta y la cantidad y tipo de líneas de las que se trataría (líneas de revisión técnica para vehículos livianos, pesados o líneas mixtas¹⁵). A mayor abundamiento, en este instrumento se establecieron características específicas para cada una de las ocho concesiones licitadas, difiriendo unas

incluso si, en el marco de sus facultades discrecionales, incurre en un comportamiento que pueda impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos.

¹⁴ Compras Públicas y Libre Competencia, Serie "Sector Público y Mercados", Material de Promoción N°1, abril de 2011, disponible en www.fne.gob.cl.

¹⁵ De acuerdo al Anexo N° 1 de las Bases, cada tipo de línea requiere de distintos tamaños, tanto en lo que refiere al largo y alto mínimo establecido en la zona de revisión, como también en los tamaños de las zonas exteriores (estacionamientos).

de otras, tanto en la cantidad de comunas comprendidas en cada zona, como también en el número y tipo de líneas.

21. Por lo anterior, con ocasión de la solicitud de acceso a la información que se formuló a la CGR, los antecedentes obtenidos por el referido incumbente, por sí solos, parecen no haber sido aptos para otorgarle certeza respecto de qué comunas iban a ser objeto de licitación, ni tampoco de la cantidad y calidad que tendrían las plantas a licitarse en cada localidad. A mayor abundamiento, en la letra c.1) del punto 2.2.7.1 de las Bases, se señala que al momento de que el postulante formule su propuesta técnica debe acompañar, entre otros documentos, una copia del certificado de dominio vigente o, a lo menos, de los contratos de promesa de compraventa o de arrendamiento o escritura de usufructo respectivos. Para cumplir lo anterior, se requeriría conocer (i) cuáles serían las zonas a ser licitadas, (ii) la clase de planta y (iii) la cantidad y tipo de líneas de las que se trataría (líneas de revisión técnica para vehículos livianos, pesados o Líneas mixtas), y resulta que, al menos de acuerdo a los antecedentes disponibles para esta División, esa información no estaba contenida entre los documentos que el solicitante obtuvo de la CGR.
22. A lo anterior, se suma la demanda presentada ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones por Sociedad Ramírez y Compañía Limitada, por hechos que abarcarían los supuestos de esta denuncia.
23. En virtud de las consideraciones referidas, resulta aconsejable que este Servicio se abstenga de efectuar ulteriores diligencias de investigación.
24. Por lo anterior, esta División sugiere al Sr. Fiscal Nacional Económico ordenar el archivo de esta denuncia y de los antecedentes acompañados conforme a la misma, sin perjuicio de efectuar las prevenciones y recomendaciones que pudiesen ser convenientes, si ello resulta aconsejable en concepto del Sr. Fiscal.

IV. CONCLUSIÓN

25. En concepto de esta División, los hechos materia de este informe parecen no configurar la figura del artículo 3, letra a), del DL 211, que es la calificación jurídica efectuada por el denunciante. En efecto, de acuerdo a los antecedentes allegados a esta División, en la especie, la conducta referida en la denuncia daría cuenta de un comportamiento unilateral de parte de la SEREMITT.
26. En lo que se refiere a las supuestas ventajas competitivas que habrían adquirido los incumbentes, en virtud de la información que les habría proporcionado la SEREMITT, con los antecedentes disponibles no parece ser posible concluir que, la entrega de dicha información, necesariamente por sí sola, hubiera podido poner en una posición más favorable a uno de los potenciales competidores del proceso.
27. Lo anterior, sumado a la presentación de la demanda judicial interpuesta por parte de Sociedad Ramírez y Compañía Limitada, ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, aconsejaría que la esta Fiscalía se abstenga de llevar a cabo diligencias adicionales en relación con esta denuncia.
28. Con todo, resulta necesario insistir en que sería conveniente, a objeto de mitigar riesgos de que se verifiquen conductas anticompetitivas en procesos licitatorios, que las Secretarías Regionales Ministeriales, al igual que toda autoridad que participe de alguna forma en llamados a licitaciones o concursos públicos, se abstengan de organizar y de llevar a cabo este tipo de reuniones, donde se congregate a potenciales participantes de una futura subasta.

Saluda atentamente a usted,


RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES


FRV