

**Colusión de empresas de oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?**

Tribunal	Tribunal de Defensa Libre Competencia
Rol	43-2006
Fecha	7 de septiembre 2006
Materia	Derecho Mercantil y de la Empresa,
Submateria	Actuaciones concertadas
Procedimiento	Requerimiento
Hechos	El Fiscal Nacional Económico presentó requerimiento en contra de 4 empresas, fundamentando la acción en que dichas empresas habrían incurrido en actuaciones concertadas con el propósito de restringir la competencia y de discriminar a sus clientes, particularmente los hospitales públicos, en los términos del artículo 3 del Decreto Ley No 211. Solicitó que se declare que las requeridas han incurrido en conducta anticompetitiva en el mercado del oxígeno, por la vía del reparto del mismo mercado; ejerciendo por tanto el poder de mercado abusivamente.
Tema central discutido	¿Cumplirían las empresas requeridas con los requisitos para ser sancionadas por prácticas concertadas y restrictivas de la competencia en el mercado relevante de producción, distribución y comercialización de oxígeno medicinal e industrial para hospitales públicos en Chile según lo establecido en el artículo 3 del Decreto Ley N° 211?
Considerandos relevantes	<p>QUINCUAGÉSIMO QUINTO: Que así analizada la composición de la oferta en el mercado en cuestión, debe también considerarse las condiciones de demanda existentes en el mismo, a fin de establecer la forma en que los hospitales públicos contrataban y obtenían la provisión de oxígeno para sus instalaciones. Al respecto, aparece suficientemente probado en autos que los hospitales actuaban, antes de la licitación de Cenabast, de manera dispersa y no coordinada, guiándose por sus propias necesidades individuales de abastecimiento de oxígeno, y sobre la base de condiciones de contratación que dependían, por lo general, de sus volúmenes de demanda, de sus instalaciones técnicas, de su capacidad de pago y crédito, del plazo de los contratos adjudicados y de la información disponible en el mercado respecto de las distintas ofertas y precios. Lo anterior consta de los antecedentes que rolan a 556, 567, 716 bis, 730 y siguientes, y 748 y siguientes, entre otros;</p> <p>QUINCUAGÉSIMO NOVENO: Que, a juicio de este Tribunal, de la evidencia aportada por las partes al proceso no es posible concluir si la dispersión de precios observada antes de la licitación de Cenabast es expresión o efecto de una conducta concertada de las requeridas en orden a repartirse el mercado del oxígeno medicinal, o si, en cambio, no es más que una consecuencia natural de la opacidad antes referida y de la conjunción de diversos factores concomitantes, tales como, entre otros, (a) la ubicación geográfica de las plantas de producción de oxígeno en relación con la ubicación de los distintos hospitales (aun cuando no</p>

	<p>existe evidencia en autos de que, para todos los casos, exista necesariamente una correlación directa entre ambas ubicaciones y la dispersión observada); (b) la disímil duración de los contratos y de las relaciones cliente-proveedor; (c) las diferencias observadas en la capacidad de negociación de los distintos hospitales; (d) las diferentes condiciones de pago asociadas a cada cliente según su comportamiento histórico al respecto; y, (e) excedentes de producto disponible en planta al momento de firmar el contrato respectivo; circunstancias todas acerca de las cuales se han aportado abundantes antecedentes en autos (...).</p> <p>SEXAGÉSIMO NOVENO: Que, al tenor de las consideraciones precedentes, es posible concluir que no existe evidencia ni indicios suficientes para acoger la pretensión de la FNE respecto del primer grupo de conductas que ha imputado a las requeridas como indicadoras de una práctica concertada de reparto de mercado, debiendo tenerse presente, sin embargo, que tales conductas, tal como se ha demostrado, se llevaron a cabo en el contexto de un mercado caracterizado por un elevado grado de opacidad que, sin duda, afectaba a los demandantes de oxígeno medicinal en el sector público de salud; y que, además, permitía a los oferentes en este mercado O. en su vecino, el del oxígeno industrial extraer de sus clientes un excedente del consumidor superior al que podría haberse obtenido de los mismos en condiciones de mayor transparencia (...)</p> <p>SEPTUAGÉSIMO QUINTO: Que, así las cosas, no existe a juicio de este Tribunal justificación económica alguna para que no haya habido mÆs competencia durante las primeras etapas de la licitación, y para que los precios ofrecidos por las requeridas desde su inicio no reflejaran las condiciones planteadas por la misma, las que implicaban menores costos y menores riesgos para los proveedores en comparación con la situación existente antes de la licitación de Cenabast;</p> <p>OCTOGÉSIMO OCTAVO: Que, en síntesis, dado lo expuesto y habiéndose acreditado que el éxito de la licitación de Cenabast implicaba transparentar un mercado sumamente opaco, como en definitiva ocurrió, los incentivos reales de Indura, y también los de AGA y Air Liquide, eran que la licitación fallara. Para que fallara, era necesario que nadie aceptara el precio de referencia y, para lograr esto, se requería a su vez de algún tipo y grado de coordinación. El único actor con casi nula participación en el mercado opaco (el de los clientes fino procesofl) era Praxair, tal como lo acreditan los documentos reservados acompañados por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 717 y que están contenidos en los cuadernos formados segoen solicitó dicha Fiscalía a fojas 943 y según dispuso este Tribunal a fojas 944. Por otra parte, si bien Praxair no tenía los mismos incentivos para provocar el fracaso de la licitación, dada su baja participación en el mercado, también tenía incentivos para ser parte de y apoyar el acuerdo colusivo, pues de esta forma eliminaba la competencia en la licitación, y así aumentaba la probabilidad de adjudicársela;</p>		
<p>Decisión, votos a favor y en contra</p>	<p>Acogido parcialmente, en cuanto declara que las requeridas han incurrido en una práctica concertada, con el objeto de hacer fracasar una licitación en 2004, para proveer a los hospitales públicos de oxígeno medicinal.</p>		
<table border="1"> <tr> <td data-bbox="201 1724 475 1822"> <p>Resumen del comentario</p> </td> </tr> <tr> <td data-bbox="201 1822 475 1885"> <p>Juan José Romero</p> </td> </tr> </table>	<p>Resumen del comentario</p>	<p>Juan José Romero</p>	<p>El artículo examina la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, revocada por la Corte Suprema, en virtud de la cual se condena a cuatro empresas de coludirse frente a una licitación para la provisión de oxígeno a hospitales públicos. Luego de desestimarse por falta de pruebas, la acusación de práctica concertada para el reparto de mercado, se llega a la condena por la existencia de colusión frente al proceso de licitación atendiendo a indicios y</p>
<p>Resumen del comentario</p>			
<p>Juan José Romero</p>			

Guzmán	<p>presunciones derivadas del comportamiento de estas empresas y de la estructura de la industria. Este trabajo intenta explicar cuál debiera ser el estándar de prueba más allá del cual sería admisible sancionar casos como el estudiado. Para tal propósito, se distingue según el carácter civil, administrativo y penal del caso, lo cual derivaría en la utilización de un estándar probatorio distinto según la probabilidad o fortaleza de la convicción. Así, se estima que no basta para sancionar que la tesis de colusión sea plausible o, incluso, más probable que improbable. El grado de convicción debiera ser mayor, aun cuando se plantee que no lo suficiente como para aplicar el estándar típicamente criminal basado en que no exista una duda razonable. Dada la alta exigencia probatoria sugerida y considerando el peligro que para la sociedad revisten los carteles, se sugiere aprovechar las buenas prácticas de otros países, adoptando un programa de inmunidad (leniency) y otorgando facultades de registro e incautación de documentos e interceptación de comunicaciones. Aunque sea a través de evidencia circunstancial o indirecta, la prueba de la existencia de contacto o comunicación (ni siquiera de entendimiento o acuerdo) entre las empresas es clave. En nuestra opinión, la ausencia de tal evidencia debilitó el caso.</p>
Sentencias Destacadas 2006	