

EN LO PRINCIPAL: REQUERIMIENTO CONTRA BERTONATI VEHICULOS ESPECIALES LTDA., Y OTROS.

OTROSI: PERSONERIA, 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 12, Santiago, a ese H. Tribunal con respeto digo:

Que, en ejercicio de las facultades que me confiere el artículo 39, letras b) y c) del Decreto Ley N° 211, conforme lo dispuesto, además, por los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 19 y siguientes y 26 del mismo cuerpo legal, y fundado en los antecedentes de hecho, económicos y de derecho que a continuación expongo, vengo en formular requerimiento en contra de las siguientes personas:

1. **BERTONATI VEHICULOS ESPECIALES LIMITADA** (antes Bertonati Hnos. S.A.), del giro fabricación de carrocería, RUT 87.927.900-3, en adelante "**Bertonati**", representada por su gerente general don **MIGUEL BERTONATI BARRA**, ignoro profesión, cédula de identidad N° 5.315.819-6, ambos con domicilio en Avenida Américo Vespucio N° 1321, comuna de Quilicura, Santiago.
2. **CONVERSIONES SAN JOSE S.A.**, del giro venta o compraventa al por menor de vehículos automotores, excepto motocicletas, RUT 96.981.470-6, en adelante "**San José**", representada por su gerente general, don **ENRIQUE ALLUÉ NUALART**, de profesión ingeniero comercial, cédula de identidad N° 7.688.764-0, ambos con domicilio en Puerto Vespucio N° 116, comuna de Pudahuel, Santiago. Y,
3. **KAUFMANN S.A. VEHICULOS MOTORIZADOS**, del giro venta al por mayor de vehículos automotores, excepto motocicletas, y venta o compraventa al por menor de vehículos automotores, excepto motocicletas, RUT 96.572.360-9, en adelante "**Kaufmann**", representada por su gerente

general, don **PETER GREMLER ZEH**, ignoro profesión, cédula de identidad N° 7.070.906-6, ambos con domicilio en Avenida Gladys Marín N° 5830, comuna de Estación Central, Santiago.

El requerimiento se efectúa con el objeto de que ese H. Tribunal declare que las requeridas han infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, al acordar la forma de participar en las licitaciones públicas ID N° N° 621-701-LP06 COMPRA AMBULANCIAS BÁSICAS 2006 – AUGE e ID N° 621-702-LP06 CLINICAS DENTALES MÓVILES 2006 – AUGE, publicadas en el portal www.chilecompra.cl el día 11 de agosto de 2006, con el fin de que éstas fueran adjudicadas a Bertonati Vehículos Especiales Ltda., y Conversiones San José S.A., en condiciones favorables, lo cual fue asegurado con la negativa de venta de insumos esenciales a potenciales competidores por parte de Kaufmann S.A., Vehículos Motorizados, razón por la cual han de ser condenadas al pago de las multas que se señalarán, con expresa condena en costas.

Los siguientes son los fundamentos de esta acción:

I. LOS HECHOS

1. En su discurso del 21 de mayo de 2006, S.E., la señora Presidenta de la República, hizo un importante anuncio: "... compraremos 150 nuevas ambulancias, distribuidas por todo el país. Y clínicas dentales móviles, que nos permitan llegar a los lugares más apartados, acercando la salud dental a muchas chilenas y chilenos de bajos recursos".¹
2. Para dar cumplimiento al compromiso presidencial, el Ministerio de Salud, en adelante "MINSAL", y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, en adelante "Cenabast", organizaron, mediante el Sistema de Compras y Contratación de Bienes y Servicios del Sector Público, en adelante "ChileCompra",² dos licitaciones, la N° 621-701-LP06 Compra Ambulancias Básicas 2006-Auge y la N° 621-702-LP06 Clínicas Dentales Móviles 2006-Auge, que fueron publicadas en agosto de 2006.

¹ Disponible en www.bcn.cl/susparlamentarios/mensajes_presidenciales/21Mayo2006.pdf

² www.chilecompra.cl

3. Las ambulancias y clínicas dentales móviles son, como los retenes policiales móviles, los carros de bomberos y otros similares, “vehículos especiales”, que son provistos por los denominados “carroceros”, en una industria, la de transformación de vehículos que presenta características que, conforme a la teoría económica, son propicias para realizar acuerdos contrarios a la libre competencia.
4. Al respecto, considérese que no cualquiera puede establecerse y operar como carrocerero, ya que las intervenciones que realizan en los vehículos requieren de autorización del fabricante para no perder la garantía. Por lo mismo, los operadores establecidos han ganado cierta reputación, que les permite funcionar, además, con crédito del fabricante. Bertonati y San José, junto con Grisolía y Cia. Ltda., en adelante “Grisolía”, son las principales empresas que prestan ese servicio en Chile.
5. De otro lado, la transformación de vehículos en ambulancias, vehículos policiales y otros similares requiere, como insumos esenciales, de balizas y sirenas, siendo del caso que San José, durante un buen tiempo, las adquiría de Bertonati y Grisolía, hasta que estrechó relaciones con Bertonati y comenzó a adquirir estos elementos solamente de ella.
6. Por su parte, Bertonati y San José tienen en común una estrecha relación con Kaufmann, pues ésta es el principal proveedor de vehículos de ambas empresas, en particular para la transformación en ambulancias.
7. Las licitaciones que nos ocupan eran particularmente atractivas, pues permitían colocar 151 ambulancias y 23 clínicas dentales móviles, habiéndose diseñado las bases de tal manera que los más probables adjudicatarios fueran carroceros nacionales.
8. Ahora bien, las bases exigían el cumplimiento de características técnicas que sólo el furgón modelo Sprinter, de Mercedes Benz, cuyo único y exclusivo representante en Chile es Kaufmann, podía cumplir.
9. Por otro lado, se dividió la oferta por adquisición de vehículos en lotes, según zona geográfica, pudiendo ofertarse por uno o más lotes o bien por el total, aunque no ambas cosas (por el total y por uno o más lotes).

10. Así las cosas, las bases presentaban, para un carrocerero nacional, un gran dilema. Podía competir por el total de los vehículos, el premio mayor, asumiendo un alto riesgo de quedar sin nada, o bien podía competir por uno o más premios menores, pero interesantes y con un riesgo menor, al ofertar por uno o más lotes. Claro que esto conllevaba actuar conforme a Derecho y, entonces, competir.
11. La solución que a estas interrogantes dieron Bertonati y San José fue la colusión. Acordaron no competir, cubriendo, entre ambas, toda la demanda, repartiéndose para ello los lotes por los que pujarían, y aprovechando de imponer precios muy superiores a los de mercado.
12. Ahora, para que este acuerdo fuese exitoso, Bertonati y San José debían asegurarse de que no hubiese otros competidores, para lo cual debían ser los únicos capaces de ofertar lo requerido. Con tal objeto, incluyeron a Kaufmann en la componenda, el único posible proveedor de vehículos para estas licitaciones, el que debía negar a terceros la venta de vehículos.
13. Y así fue como ocurrió: Kaufmann, luego de comprometer la provisión de vehículos a Bertonati y San José, negó la venta a los demás requirentes, entre ellos Grisolia y Cia. Ltda., en adelante "Grisolia", y Distribuidora de Productos Médicos S.A., en adelante "Dipromed", aduciendo, entre otras cosas, inexistencia de stock y problemas con sus proveedores. De hecho, los días 28 y 30 de agosto Kaufmann se había comprometido, respectivamente, con Dipromed y Grisolia, a proporcionarles furgones para la licitación, pero al día siguiente, el 31 de agosto, les notifica que no habrá disponibilidad y hasta aconseja no presentarse a la licitación.
14. Tanto Grisolia como Dipromed, convencidas de la excusa de Kaufmann y, por ende, de la probabilidad de fracaso de las licitaciones por carencia de vehículos, decidieron de todos modos participar, ofertando vehículos de otra marca -IVECO-, apostando a que, en virtud de esta situación, el MINSAL eventualmente haría una excepción y aceptaría su oferta.
15. Pero las esperanzas de Grisolia y Dipromed se verían frustradas el día 6 de septiembre al revelarse las ofertas y constatar el engaño: Mientras sus ofertas, al igual que la de otra empresa que ofertó, Sigdotek S.A., fueron

descalificadas en la etapa de evaluación técnica porque sus vehículos “no presentaban carrocería monoblock, para cabina sanitaria de un único material”^{3,4}, requisito que, junto con otros, sólo cumplía el modelo Sprinter, de Mercedes Benz, las ofertas de Bertonati y San José serían admitidas, revelando que sí había disponibilidad de estos vehículos... ¿cómo? ¿dónde? Los vehículos serían provistos por Kaufmann, y Bertonati y San José los ofertaron, además, a un alto precio, muy por sobre el de mercado, debiendo resultar seguros ganadores, ambos, y sin oposición, ya que sus ofertas, prácticamente iguales en precio y cantidad de ambulancias, nunca se cruzaron.

16. Las ofertas de ambulancias en la licitación correspondiente se grafica a continuación:

Cuadro 1

Resultado de las Ofertas de Ambulancias

Producto o Servicio a Contratar	Bertonati	San José
Zona Franca 4x2 14 Unidades		
Zona Norte 4x2 36 Unidades		
Zona Centro 4x2 39 Unidades		
Zona Sur 4x2 42 Unidades		
Zona Franca 4x4 4 Unidades		
Zona Norte 4x4 7 Unidades		
Zona Sur 4x4 9 Unidades		
Oferta Familia (Total País) 151 Unidades		
Total Ofertado por Empresa (Unidades)	76	75

Fuente: Chile Compra.

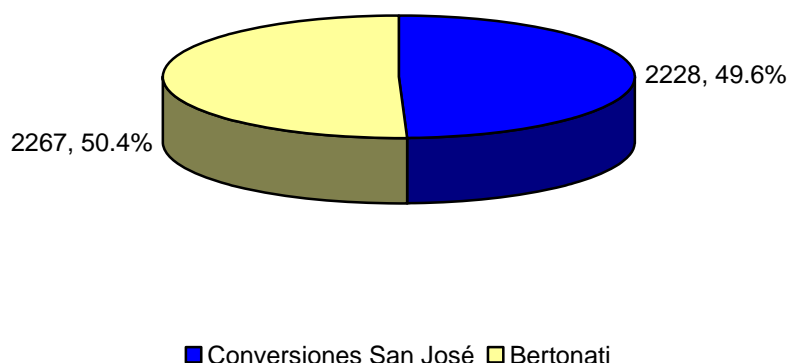
³ Acta de Apertura Técnica de Adquisición N° 621-701-LP06 COMPRA AMBULANCIAS BÁSICAS 2006 – AUGE.

⁴ Acta de Apertura Técnica de Adquisición N° 621-702-LP06 CLINICAS DENTALES MÓVILES 2006 – AUGE.

Gráfico 1

Resultado de las Ofertas de Ambulancias

Millones de \$ y Porcentaje (%)



17. En lo tocante a clínicas dentales, San José no presentó ofertas, como era de esperar, pues no es su especialidad, en tanto que Dipromed y Grisólia fueron rechazadas otra vez porque los vehículos “no presentaban carrocería monoblock, para cabina sanitaria de un único material”⁵, de modo que Bertonati, con sus altos precios, no tuvo oposición.
18. Ahora bien, las ofertas de Bertonati y San José fueron tan onerosas, que excedieron en una cuantía significativa el presupuesto disponible, de modo que MINSAL declaró desiertas las licitaciones por medio de las Resoluciones Nos. 2117 y 2126, ambas de 20 de septiembre de 2006.
19. El acuerdo entre Bertonati y San José fue tan evidente, que esta Fiscalía inició la investigación correspondiente, comunicándose oportunamente a las afectadas.
20. Pero había una necesidad real y un compromiso presidencial que cumplir, por lo cual, con fecha 24 de noviembre de 2006, se publicó en ChileCompra un nuevo llamado a licitación, esta vez unificando las ofertas de ambulancias y clínicas dentales móviles.

⁵ Acta de Apertura Técnica de Adquisición N° 621-702-LP06 CLINICAS DENTALES MÓVILES 2006 - AUGE

21. En la fecha estipulada, 13 de enero de 2007, efectuaron ofertas para esta licitación Bertonati, Dipromed, Grisolía, Ingeniería en Electrónica Computación y Medicina S.A., San José e incluso Kaufmann.
22. Finalmente, mediante Resolución N° 254, de 26 de enero de 2007, Cenabast adjudicó la licitación a Bertonati con 23 vehículos, Grisolía con 86 vehículos y San José con 70 vehículos.
23. Es interesante constatar que esta vez no sólo Bertonati y San José ofertaron vehículos Mercedes Benz, sino que también Grisolía, que ofertó 76 de estos vehículos y 19 de marca IVECO, lo que corrobora, a mayor abundamiento, lo injustificado de la negativa de venta inicial.
24. Finalmente, ha de tomarse nota que a la sazón, con conocimiento de las requeridas, la Fiscalía ya investigaba el acuerdo ilícito alcanzado respecto de las primeras licitaciones.

II. LA INDUSTRIA

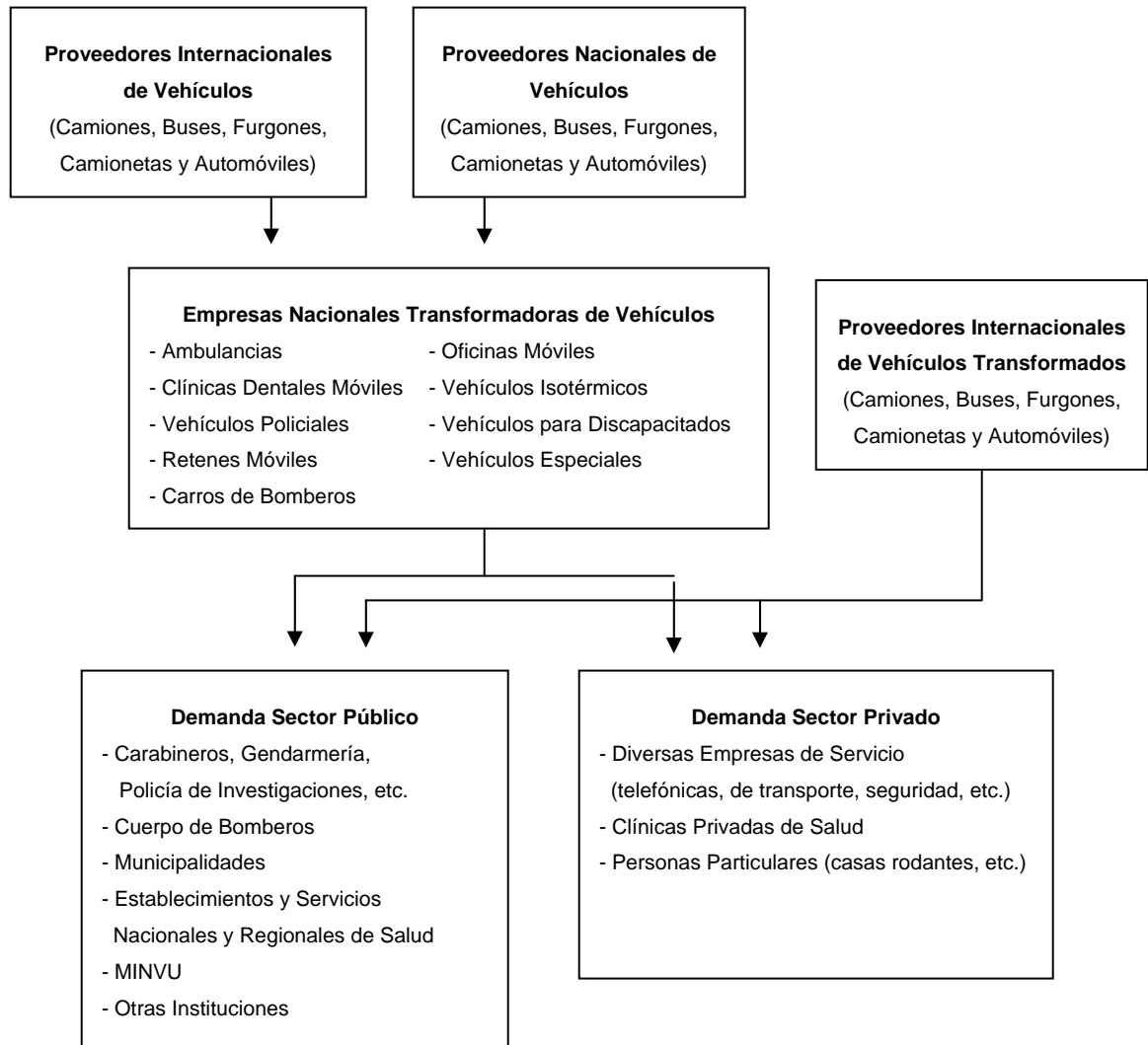
25. Tal como se representa en la Figura 1, las empresas nacionales de transformación de vehículos pueden adquirirlos de las empresas comercializadoras de las marcas (Mercedes Benz, IVECO, Peugeot, Hyundai, etc.) en Chile o bien de proveedores extranjeros. Una vez adquiridos estos vehículos (camiones, buses, furgones, camionetas y/o automóviles), son transformados en vehículos especiales, de acuerdo a la demanda que enfrenten.
26. En términos generales, de acuerdo al tipo de entidad que requiera los vehículos transformados, la demanda puede dividirse en aquella proveniente del sector público y aquella correspondiente al sector privado. Esta distinción es relevante porque la demanda del sector público, principalmente la transformación de vehículos para instituciones, se realiza mediante licitaciones. La demanda puede ser atendida tanto por las empresas

transformadoras de vehículos que se encuentran operando en Chile, como con importación de vehículos ya transformados.⁶

27. De acuerdo al tipo de clientes que demandan los vehículos transformados, la industria puede segmentarse en los siguientes mercados:
- i) Vehículos de salud: ambulancias, clínicas dentales, unidades médicas y unidades para rayos de imágenes médicas.
 - ii) Vehículos especiales: vehículos que se fabrican de manera exclusiva para un consumidor, por ejemplo, vehículos para canales de televisión o unidades para control de fibra óptica para empresas de TV Cable.
 - iii) Vehículos policiales: vehículos para la Policía de Investigación y para Carabineros, por ejemplo, vehículos para patrullaje, laboratorios móviles para el GOPE y vehículos especiales para transporte de perros.
 - iv) Bomberos: carros bomba o ambulancias.
 - v) Vehículos isotérmicos, carrocerías para transporte de mercaderías refrigeradas.
 - vi) Distribución de equipos de accesorios: Importación de equipos, como grupos electrógenos, sirenas, balizas.

⁶ Como por ejemplo el nuevo carro bomba HP 75 Emergencia ONE que adquirió la 13ª Compañía de Bomberos de Providencia en marzo de 2008. Este carro bomba fue importado directamente desde Estados Unidos.

Figura 1
Industria de Vehículos Transformados



28. Es pertinente recordar que la ley que gobierna las licitaciones públicas ID N° N° 621-701-LP06 Compra Ambulancias Básicas 2006 – AUGE e ID N° 621-702-LP06 Clínicas Dentales Móviles 2006 – AUGE, es la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios o Ley de Compras Públicas.
29. Esta normativa es una ley marco de las Compras Públicas, estableciendo los procedimientos para este tipo de adquisiciones y contrataciones y creando la institucionalidad necesaria para velar por la transparencia y eficiencia en las Compras y Contrataciones Públicas.

30. La aplicación de esta ley se encuentra reglamentada por el Decreto Supremo N° 250 de 24 de septiembre de 2004, del Ministerio de Hacienda, el cual, en definitiva, describe detalladamente los requisitos, circunstancias y procedimientos establecidos en la Ley N° 19.886 respecto de los procesos de compras y contratación pública de bienes y servicios.
31. En el caso particular de Cenabast, en cumplimiento con la Ley de Compras Públicas y su Reglamento, se aprobó mediante la Resolución Exenta N° 2517, del 23 de octubre de 2007, un Manual de Abastecimiento, el cual regula específicamente las compras públicas del sector Salud. Este manual no se encontraba vigente a la época de las licitaciones que nos ocupan.
32. Por último, hay que destacar que la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, o Ley de Compras Públicas, obliga a las instituciones del Estado a realizar sus compras mediante el mecanismo de licitaciones públicas, autorizando por vía de excepción, las licitaciones privadas y la contratación directa.

III. ANÁLISIS DEL MERCADO

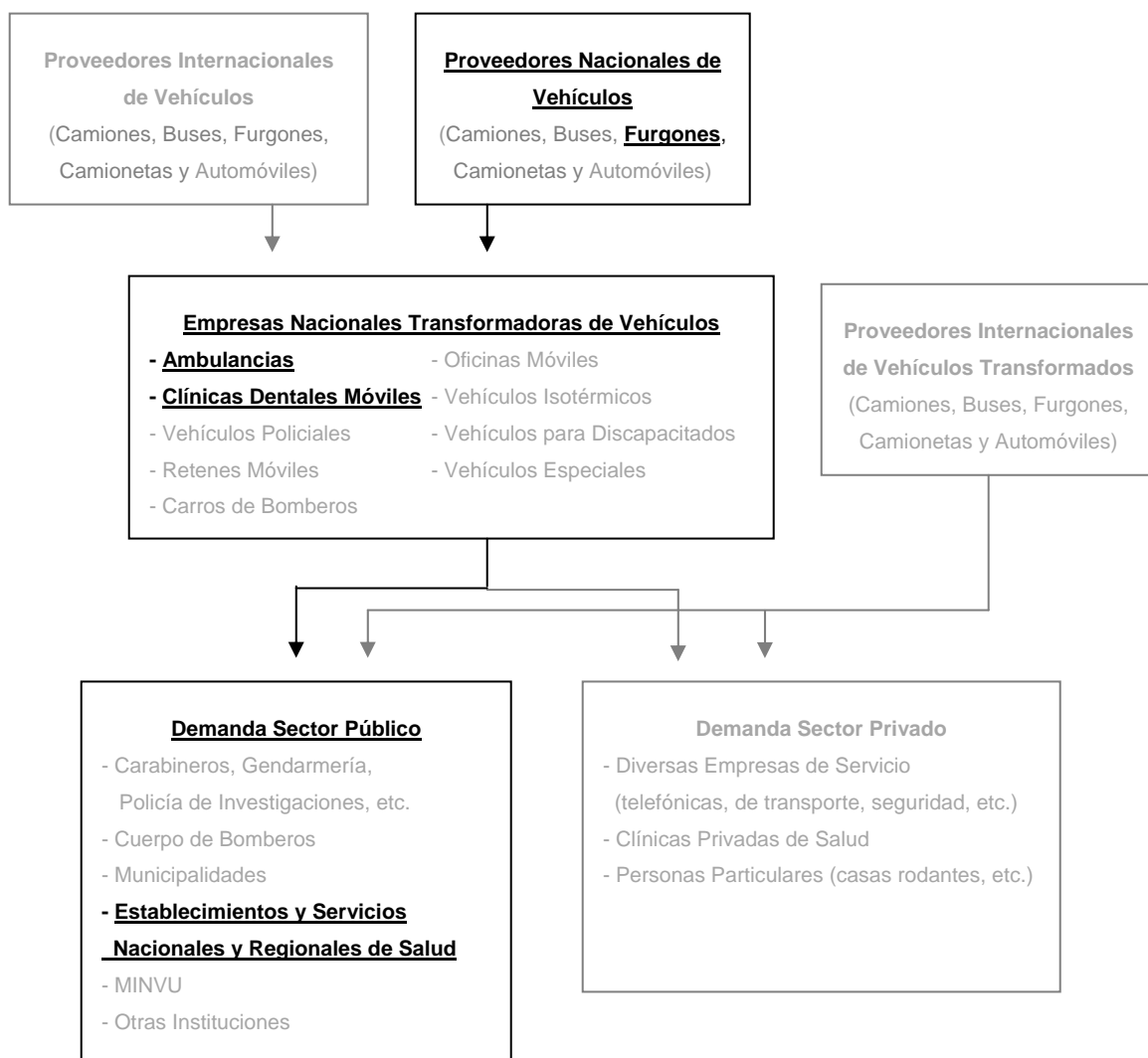
1. MERCADO RELEVANTE

33. La Fiscalía entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos, 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.⁷
34. Las bases de licitación establecen el bien que se desea adquirir, en este caso ambulancias y clínicas dentales móviles con determinadas características, debiendo entonces limitarse a ello el mercado relevante.
35. En cuanto al ámbito geográfico, aunque las mismas bases dividen la demanda por ambulancias en zonas geográficas, ha de considerarse todo el territorio nacional, dadas las características de la licitación y del licitante.

⁷ Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006, disponible en <http://www.fne.cl>.

36. En atención a esas mismas características y a la naturaleza de la licitación, el mercado relevante también se encuentra acotado temporalmente.
37. En suma, el mercado relevante para el análisis se circunscribe a los Vehículos Ambulancias y Clínicas Dentales demandados por parte MINSAL y especificados en las licitaciones 621-701-LP06 y 621-702-LP06 en el Sistema de Compras Públicas ChileCompra:

Figura 2
Mercado Relevante



2. CONCENTRACIÓN

38. Ahora bien, sin perjuicio de aquella determinación del mercado relevante, para cuantificar la participación de las empresas que operan en la industria y los niveles de concentración, se han considerado las compras del Sector Público, incluyendo los distintos servicios de salud regionales y los gobiernos regionales y/o municipales que han requerido la adquisición de ambulancias. Para lo anterior, se utilizaron como indicadores tanto el número de ambulancias como las ventas involucradas en las licitaciones que se han adjudicado mediante el sistema de Compras Públicas ChileCompra.
39. Las empresas transformadoras de vehículos que participan en este mercado son fundamentalmente las siguientes:
- i) Bertonati: Esta empresa nace en el año 1981, enfocada al mercado de transformación de vehículos en “casas rodantes”. A partir de los años 1984-85, comenzó a transformar vehículos para ambulancias, siendo la primera participación en licitaciones de este producto en 1990. Luego, a medida que la empresa se fue desarrollando, comenzó a diversificarse hacia otros segmentos, como son la transformación de vehículos para instituciones policiales, principalmente Carabineros, así como también, en los últimos años, hacia carros de bomberos y otros. No obstante, su especialidad son las ambulancias y las clínicas dentales móviles.
 - ii) San José: La empresa comienza en el rubro de tapicería y hacia fines de la década de los '90 entra al mercado de la transformación de vehículos. Se dedica al equipamiento de vehículos, principalmente furgones, transformaciones y carrocerías especiales. En los últimos años esta empresa se ha enfocado fundamentalmente a la transformación de vehículos para retenes móviles y ambulancias.
 - iii) Grisolía: Esta empresa fue fundada en 1969. Está orientada principalmente hacia la fabricación de vehículos para bomberos, policía, ambulancias y carrocerías de todo tipo. El negocio principal de Grisolía, en cuanto a la transformación de vehículos, es el segmento de carabineros. Además, esta empresa cuenta con un stock de repuestos

en el rubro de los equipos de advertencia, ya que cuenta con la representación en Chile de empresas internacionales.

40. Del Cuadro 2 se desprende que la empresa que en los últimos años viene cubriendo la mayor parte de la demanda por ambulancias del sector público es Bertonati, que alcanzó aproximadamente el 60% de los montos adjudicados durante 2006, luego estaría San José, con un poco más del 30% y, más atrás, Grisolia, con una participación del orden del 7%.
41. Adicionalmente, es pertinente precisar que si bien Kaufmann tiene la posibilidad de participar en las licitaciones de ambulancias –y efectivamente lo ha hecho–, esa participación ha sido marginal, lo cual se explicaría porque realmente no es giro de negocios.
42. De esta manera, el índice de Herfindhal Hirschman (HHI) indica que el mercado se encuentra altamente concentrado, con valores de ese índice superiores a los 4.300 puntos, y en donde las dos principales empresas concentran más del 90% del abastecimiento de ambulancias al sector público.

Cuadro 2

Participaciones de Mercado

Según Unidades y Montos Adjudicados (En %)

HHI (En puntos)

Empresas	2004		2005		2006	
	Por Unidades	Por Montos	Por Unidades	Por Montos	Por Unidades	Por Montos
Bertonati	40,0	42,7	45,0	44,0	55,6	60,3
Conversiones San José	52,7	50,2	52,0	53,3	35,6	32,2
Grisolia y Cía. Ltda.			1,0	0,9	7,4	6,2
Kaufmann	7,3	7,1	2,0	1,8	0,7	0,5
Medtrans					0,7	0,8
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
HHI	4.433,1	4.391,0	4.733,0	4.780,1	4.351,2	4.670,2

Fuente: Elaboración propia en base a información de la Cenabast.

43. En suma, el mercado nacional de transformación de vehículos para ambulancias y clínicas dentales móviles se encuentra altamente concentrado, donde Bertonati y San José son las empresas que, desde al

menos 2004, han abastecido casi la totalidad de la demanda de dicho producto expresada mediante licitaciones.

3. CONDICIONES DE ENTRADA

Barreras a la Entrada

44. La Fiscalía Nacional Económica entiende por barrera a la entrada el impedimento al ingreso de competidores o la ventaja de costos que posee una empresa establecida en el mercado frente a una firma que desea entrar.
45. La principal barrera a la entrada de este mercado dice relación con el diseño de las bases de la licitación N° 621-701-LP06 y de la licitación N° 621-702-LP06, esto es, aquellas que dieron lugar al ilícito que se persigue.
46. Las bases definieron, en las especificaciones técnicas del vehículo, como exigencia, carrocería para cabina sanitaria de único material, caja mecánica y otros elementos, como por ejemplo, potencia del motor, tipo de frenos, volumen útil, medidas interiores y exteriores, los cuales sólo podía cumplir el modelo Sprinter, de la marca Mercedes Benz, con lo que entregaban a Kaufmann, representante exclusivo de la marca, poder de mercado.
47. Con esas especificaciones se dejaba fuera a buena parte de oferta internacional de vehículos, puesto que las importaciones de este tipo provienen principalmente de Estados Unidos, que en general sólo los fabrica con caja automática. Este elemento se unió a la brevedad de los plazos involucrados en el proceso, garantías específicas y en general, diseño mismo de la licitación, cerrando el mercado a la competencia externa.
48. Luego, en el ámbito nacional, la exigencia de un “monoblock” (carrocería de único material) y otros elementos, terminó por reducir la oferta al furgón modelo Sprinter, de Mercedes Benz, provisto únicamente por Kaufmann. El rechazo de las ofertas de Grisolia y Sigdoteck S.A., que postularon con otros vehículos, ratificó este acierto.

Tiempo y Suficiencia de la Entrada

49. Los breves plazos contemplados en el proceso, generaron restricciones al ingreso de oferentes a las licitaciones que nos ocupan.
50. Desde luego, los interesados en ofertar tuvieron 25 días desde la fecha de publicación de las bases (11 de agosto de 2006) hasta el día de la recepción de las ofertas (05 de septiembre de 2006), y luego tendrían 75 días corridos desde la emisión de la orden de compra para entregar los vehículos, lo cual implicaba un plazo demasiado corto para potenciales entrantes internacionales, y hasta para proveedores nacionales que no estuvieren ya fuertemente establecidos.

IV. EL DERECHO

51. Bertonati y San José, al repartirse el mercado actuando concertadamente en una licitación pública, y Kaufmann, blindando el acuerdo con la negativa de venta a terceros de vehículos para participar en las licitaciones, han atentado gravemente en contra de las normas de defensa de la libre competencia.
52. En efecto, las acciones de las requeridas han configurado la conducta prevista en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, el cual señala: “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,...”.

La misma disposición agrega, a continuación: “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.”

53. El acuerdo entre Bertonati y San José tiene una clara identificación con la conducta descrita y prohibida en la norma, ya que su finalidad no fue otra que la repartición del mercado en cuotas, presentando ofertas perfectamente complementarias y jamás enfrentadas, abarcando, entre ambas, toda la demanda, y aprovechando de fijar precios abusivos, al saberse sin oposición, pues se aseguró su efectividad al incluir en el acuerdo a Kaufmann, que lo blindó con la comisión de otro ilícito, la negativa injustificada de venta, que si bien es censurable en sí misma, en este caso es funcional al acuerdo anticompetitivo, integrándolo.
54. En efecto, el blindaje deviene del poder de mercado que Kaufmann ostenta respecto de sus clientes –las empresas carroceras y en definitiva el Estado-, derivado a su vez del carácter de único proveedor que le concedieron en la práctica las bases de las licitaciones, y que fue ejercido abusivamente en forma directa, negando la venta de vehículos a Dipromed y Grisolia, acciones en sí mismas anticompetitivas, con lo que dieron efectividad al acuerdo, convirtiéndose en parte del mismo.
55. En definitiva, las requeridas acordaron eliminar competidores, repartirse el mercado y fijar precios abusivos, realizando cada una de ellas todas las acciones necesarias y suficientes para alcanzar el objetivo, esto es, Bertonati y San José diseñaron el acuerdo y las ofertas que lo implementaron, con sus precios abusivos, requiriendo en conjunto el auxilio de Kaufmann, que asintió, asegurando a cada una de aquellas la provisión de los vehículos finalmente ofertados y denegando la venta de vehículos a todo competidor de aquellas, para que finalmente Bertonati y San José procedieran, como procedieron, a presentar las ofertas acordadas.
56. Con ello se configura en plenitud el ilícito de peligro del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, que sanciona los hechos, actos y convenciones que amenacen la competencia o tiendan a ello, lo que la letra a) de esa disposición corrobora al exigir que el acuerdo, para ser censurable, tenga un objetivo anticompetitivo, aún cuando no produzca sus efectos.
57. Sin perjuicio de ello, en el caso *sub lite* queda en evidencia, además, que con el acuerdo no sólo se buscó producir un daño, sino que se realizaron todas las acciones necesarias y suficientes para ello, produciendo efectivamente

ese daño, y viendo sólo frustrado el resultado final merced a la reacción del principal defraudado, el Estado de Chile.

58. Al respecto, habrá de tenerse en consideración que, si bien la licitación fue declarada desierta, impidiendo a las requeridas obtener el beneficio ilegal que buscaban, de todos modos se dañó la competencia al impedir el libre acceso de competidores –a lo menos de Grisolia y Dipromed- al mercado en cuestión, a lo que debe sumarse el daño provocado al erario fiscal y a la atención de la salud de todos los chilenos, al retrasar en varios meses la disponibilidad de ambulancias en el Sistema Público de Salud.
59. En cualquier caso, la H. Comisión Resolutiva, en su Resolución N° 67/1979, estableció 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.⁸ Más aún, ese H. Tribunal, en su Sentencia N° 43/2006 (considerando 44°), en relación con un requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica por colusión en una licitación organizada por Cenabast, señaló que los acuerdos o prácticas concertadas entre empresas son restrictivos de la competencia “... en la medida en que razonablemente tengan por objeto o efecto restringirla, o que se estime que lo son per se”, vale decir, con prescindencia de que se produzca perjuicio o se logre el beneficio buscado, e incluso, se agregó, sin ser necesario delimitar el mercado relevante afectado por el acuerdo, censurable en sí mismo.
60. Por otra parte, el hecho que, con posterioridad a las licitaciones frustradas haya existido una nueva licitación en la cual las requeridas parecen haber rectificado su conducta, no implica que aquel acuerdo anticompetitivo deba

⁸ “IV.- Que, esta Comisión estima que la sanción de los hechos, actos o convenciones que, por vía de ejemplo, enumera las letras a), b), c), d) y e) del citado artículo 20 del Decreto Ley N° 211, de 1973, tiene el propósito de reprimir las conductas que tiendan a impedir, entorpecer o restringir la libre competencia comercial e industrial, sin que esté condicionada, como parece entenderlo la defensa, a que se haya acreditado un impedimento o restricción efectivos de la libre competencia en un determinado mercado, **ni que se haya producido un perjuicio efectivo de los consumidores o se haya obtenido necesariamente una ganancia ilícita por parte de comerciantes o industriales**. Los hechos y conductas antes referidos, pueden ser sancionados, con prescindencia de que se produzcan o no los efectos que se han mencionado precedentemente, ya que su ilicitud es determinada por la ley por su virtualidad o idoneidad, siendo suficiente para calificarlos como contrarios a la libre competencia, que dichos hechos o conductas tiendan a eliminarla o restringirla, aún cuando tales efectos no lleguen, en el hecho, a producirse.” El énfasis es nuestro.

quedar sin sanción. En efecto, entre otras, la Resolución N° 5/1974 y la Resolución N° 221/1986, 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. En el caso, el cambio de comportamiento ni siquiera debería considerarse para los efectos señalados, pues es obvio que se produjo a sabiendas de la investigación en curso de esta Fiscalía.

61. Por el contrario, ese H. Tribunal, en la ya citada Sentencia N° 43/2006, expresó que la existencia de un efecto perjudicial derivado de la colusión constituye un antecedente que “merece un juicio de reproche adicional”. Y es del caso que el acuerdo que se acusa y su ejecución produjeron, como se ha referido, un perjuicio evidente a los competidores y al Estado de Chile.
62. Finalmente, ha de tenerse en consideración que el ilícito que nos ocupa es de los más graves que la legislación de defensa de la competencia contempla, en Chile y en Derecho Comparado, pues el acuerdo es la negación misma de la competencia, y éste además se produce en el marco de una licitación pública, convocada para compras del Estado. Para colmo, esta gravísima infracción fue posibilitada por otro ilícito, la negativa injustificada de venta, que excluyó a competidores que pudieran frustrar los resultados del acuerdo.
63. Por lo expuesto, esta Fiscalía estima absolutamente necesario para el restablecimiento del Derecho y para la defensa de la competencia, que ese H. Tribunal declare que los hechos que se denuncian violentan gravemente el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 y, por ende, los sancione de manera ejemplar.

POR LO TANTO, con el mérito de lo expuesto y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 19 y siguientes, 26 y 39 del Decreto Ley N° 211 y demás normas aplicables,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITO:
Tener por interpuesto requerimiento en contra de **BERTONATI VEHICULOS**

ESPECIALES LIMITADA, CONVERSIONES SAN JOSE S.A., y KAUFMANN S.A. VEHICULOS MOTORIZADOS, todos ya individualizadas, admitirlo a tramitación y, en definitiva, acogerlo en todas sus partes, declarando:

1. Que **BERTONATI VEHICULOS ESPECIALES LIMITADA, CONVERSIONES SAN JOSE S.A., y KAUFMANN S.A. VEHICULOS MOTORIZADOS**, han incurrido en una grave conducta anticompetitiva, consistente en actuar concertadamente para eliminar, restringir o entorpecer la competencia con ocasión de las licitaciones N° 621-701-LP06 y N° 621-702-LP06, repartir el mercado y fijar precios abusivos, asegurando los resultados del acuerdo con la negativa de venta de insumos esenciales a competidores. Y,
2. Que en consecuencia se les condena a cada una al pago de una multa equivalente a 3.300 Unidades Tributarias Anuales, o a las sumas que ese H. Tribunal determine en justicia.

Sírvase el H. Tribunal acceder a lo solicitado, con expresa condena en costas.

OTROSI: Solicito a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 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, sírvase ese H. Tribunal tener presente que en la calidad invocada y en la de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, patrocino y asumo la representación de la Fiscalía Nacional Económica, sin perjuicio de lo cual delego poder en los abogados de la Fiscalía señores Boris Santander Cepeda, Cristián R. Reyes Cid y Carlos F. Silva Alliende, 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