



EN LO PRINCIPAL: Requerimiento.

EN EL OTROSÍ: Acredita personería.

HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

PEDRO MATTAR PORCILE, Fiscal Nacional Económico, con domicilio en Agustinas N° 853, Piso 12, al H. Tribunal expongo:

Que en ejercicio de las atribuciones que me confiere el artículo 39 letra b), del DFL N° 1, de Economía, de 2005, que fija el texto actualizado del Decreto Ley N° 211, y sobre la base de los resultados de la investigación de oficio realizada por esta Fiscalía Nacional Económica, deduzco requerimiento en contra de las empresas **AIR LIQUIDE CHILE S.A.**, representada por don Roger Perrault, ambos domiciliados en Av. Kennedy 5454, Of. 1004, Vitacura, Santiago, en lo sucesivo, AIR LIQUIDE; **INDURA S.A.**, representada por don Jaime Castañeda H., ambos domiciliados en Camino a Melipilla 7060, Cerrillos, Santiago, en adelante, INDURA; **AGA S.A.**, representada por don Gastón Levín Gómez, ambos domiciliados en Paseo Pdte. Errázuriz Echaurren 2631, Piso 3, Providencia, Santiago, en adelante, AGA; y de **PRAXAIR CHILE LIMITADA**, representada por don Manuel Oscar Díaz, ambos domiciliados en Juana Weber 4725, Estación Central, Santiago, en lo sucesivo, PRAXAIR.

Se fundamenta este requerimiento, en que dichas empresas incurrieron en actuaciones concertadas, con el propósito de restringir la competencia y de discriminar a sus clientes, particularmente a los hospitales públicos, en los términos del artículo 3° del referido cuerpo legal.

I ANTECEDENTES.

Los agentes requeridos son empresas que desarrollan en Chile la actividad de producción, distribución y comercialización de oxígeno en forma líquida y gaseosa, fundamentalmente, para uso médico e industrial.

Considerando el alto grado de concentración que presenta la oferta en el mercado nacional y, concretamente, el carácter de únicos proveedores que en éste ostentan las cuatro empresas individualizadas, la Fiscalía Nacional Económica inició, de oficio, una

investigación, con el fin de determinar su comportamiento, desde la perspectiva de la libre competencia, en el mercado, y particularmente en el sistema de salud pública nacional.

En efecto, las primeras indagaciones realizadas en el marco de esta investigación, revelaron que una proporción relevante de los pequeños y medianos demandantes estaba constituida por los hospitales del sistema de salud pública nacional. Conforme a lo anterior, esta Fiscalía dirigió sus requerimientos de información sobre series de precios y volúmenes de compra de dichos demandantes, a la Central Nacional de Abastecimiento del Sistema de Salud, CENABAST, entidad creada por el Decreto Ley N° 2.763, de 1979, que en su artículo 46, fijó sus funciones en los siguientes términos: “La central proveerá de medicamentos, instrumental y demás elementos o insumos que puedan requerir los organismos, entidades, establecimientos y personas integrantes o adscritas al Sistema,…”

En el curso de la investigación, CENABAST informó a la Fiscalía que, con fecha 14 de julio de 2004, había publicado un llamado a licitación pública para la contratación del suministro de oxígeno líquido a los hospitales públicos, centralizando, de esta forma, las compras futuras del insumo. A partir de dicha información, la investigación profundizó en el estudio de los antecedentes que motivaron la licitación y se realizó un seguimiento a dicho proceso

II MERCADO RELEVANTE

1. Del producto.

El mercado relevante, en esta dimensión, es el producto oxígeno, de alta pureza, en sus formas líquida y gaseosa.

El oxígeno líquido se distribuye en camiones especiales que se descargan en estanques ubicados dentro de las instalaciones, en este caso particular, de cada hospital. Desde ahí se distribuye a los puntos de consumo a través de una red. Este tipo de distribución se denomina “a granel” y es la opción más eficiente desde la perspectiva de costos, para abastecer puntos con consumos medios, entre 1.500 m³/mes y 150.000 m³/mes.

Por otra parte, el oxígeno gaseoso, se envasa en cilindros metálicos y se distribuye en camiones convencionales. Esta alternativa de distribución se utiliza para abastecer puntos con consumos bajos, inferiores a 1.500 m³/mes.

Todas las empresas elaboran, en ambos formatos o presentaciones, un producto final absolutamente homogéneo.

2. Geográfico.

El territorio en que se desarrolla la actividad de distribución y comercialización de estas empresas es el nacional, determinado, para el caso de los hospitales, por la red de establecimientos del Sistema de Salud Público.

III PARTICIPACIÓN DE LAS EMPRESAS EN EL MERCADO RELEVANTE

En el mundo, cinco empresas concentran el 67% de un mercado cuyo tamaño, al año 2000, era de US\$34 billones (Air Products, Air Liquide, BOC Group, Linde A.G. y Praxair). Su correlato en Chile, es que cuatro de estas empresas: **AIR LIQUIDE CHILE S.A., INDURA S.A., AGA S.A. y PRAXAIR CHILE LIMITADA**, (filiales o coligadas a las anteriores) concentran prácticamente el 100% del mercado nacional total, estimado en US\$95 millones al año 2003.).

EMPRESA	VENTAS GASES INDUSTRIALES (US\$MM)	EMPRESA INTERNACIONAL RELACIONADA
Indura	45	BOC Group
AGA	27	Linde A.G.
Air Liquide	13	Air Liquide
Praxair	10	Praxair
TOTAL	95	

Además, sólo dos empresas, INDURA y AGA –que son las únicas que cuentan con redes de distribución en todo el territorio– concentran alrededor del 75% del mercado.

En el caso específico del mercado constituido por el Sistema de Salud Público, las empresas requeridas representan el total de la oferta.

IV BARRERAS A LA ENTRADA Y A LA SALIDA

En el mercado del oxígeno, desde la perspectiva de la oferta, no se perciben barreras a la entrada, como no sean las inversiones en plantas, generalmente asociadas en su localización, a grandes demandantes. Sin embargo, en lo que respecta al abastecimiento de oxígeno líquido, la circunstancia de que los estanques de almacenamiento con que cuentan los hospitales pertenezcan a la respectiva empresa que los abastece, puede ser estimada una barrera a la entrada de competidores.

Por otra parte, la relación existente entre las empresas nacionales y las multinacionales que dominan el mercado mundial, constituye un gran obstáculo a que una nueva empresa ingrese al mercado mundial y en particular al chileno.

Desde la perspectiva de la demanda de este producto, el hecho de que los estanques ubicados en cada hospital pertenezcan a la respectiva empresa vendedora, se erige en un obstáculo objetivo al cambio de proveedor para los hospitales, operando en la práctica como una barrera a la salida.

Tan relevante es esta circunstancia que CENABAST ha resuelto, recientemente, convocar a una licitación pública internacional para la compra de 47 estanques criogénicos, destinados a los establecimientos hospitalarios del sistema nacional de servicios de salud. La fundamentación de esta medida ha sido, sin lugar a dudas, que dichos elementos constituyen una facilidad esencial para la provisión de un insumo de absoluta necesidad para sus mandantes, los hospitales. Esta Fiscalía, como lo hiciera respecto de la licitación del oxígeno líquido, realiza actualmente un seguimiento de aquél proceso a efectos de determinar el comportamiento de los agentes en el mercado.

A continuación se señalan los atentados a la libre competencia en que han incurrido las requeridas, de acuerdo a las conclusiones de esta investigación.

V CONDUCTAS IMPUTADAS A LAS REQUERIDAS

1 REPARTO DE MERCADO.

Se ha establecido que en este mercado -al que los hospitales públicos concurren como demandantes del producto Oxígeno- existen claros indicios de reparto de mercado entre las requeridas, el cual se ha concretado en una práctica concertada en virtud de la cual las empresas no compiten por disputarse los clientes actuales.

La primera constatación empírica que acredita tal acuerdo es que, si bien los hospitales enfrentan a proveedores que establecen distintos precios para un mismo producto, no hay movilidad o rotación de proveedores.

En efecto, de acuerdo a la información disponible, los hospitales públicos han permanecido, en promedio, los últimos 5 años y medio, con el mismo proveedor. Aquellos que suscriben contratos anuales, han permanecido un promedio de casi 6 años con el mismo proveedor y los que tienen contratos a plazo indefinido, un

promedio de casi 9 años y medio. Todo lo anterior, en circunstancias que otros oferentes, para una similar localización y volumen de compra, han vendido el mismo producto a otros hospitales, a precios muy distintos.

En el año 2002, por ejemplo, el Hospital de Ovalle compró a **Indura**, 59.000 M³ de Oxígeno Líquido a **\$908** el M³, en circunstancias que, en la misma Región, el Hospital de La Serena compró a **AGA**, la misma cantidad, a **\$483**, esto es, a un 47% más barato. El mismo ejemplo sirve para demostrar que Indura puede vender, en la misma zona, a un 88% más caro que AGA, sin temor a que el cliente le sea disputado.

A su vez, el Hospital de Talagante compró a **Air Liquide**, 39.800 M³ de Oxígeno Líquido a **\$647** el M³, en circunstancias que el Hospital de San José de Maipo compró a **Indura**, la misma cantidad, a **\$379**, esto es, a un 41% más barato. El mismo ejemplo sirve para demostrar que Air Liquide puede vender, en la misma zona, a un 71% más caro que Air Liquide, sin temor a que el cliente le sea disputado.

El mismo año 2002, el Hospital de Llay – Llay compró, a **AGA**, 6.200 M³ de Oxígeno Gaseoso a \$2.346 el M³, en circunstancias que, en la misma Región, el Hospital de Quilpué compró a **Air Liquide**, 5.400 M³ a \$1.099, esto es, a un 53% más barato. El ejemplo permite constatar, una vez más, que AGA puede vender, en la misma zona, a un 113% más caro que Air Liquide, sin temor a que el cliente le sea disputado.

Por su parte, el Hospital Félix Bulnes compró, a **Praxair**, 23.000 M³ de Oxígeno Gaseoso a \$1.500 el M³, en circunstancias que el Hospital de Peñaflor compró a **Indura**, 21.000 M³ a \$750, esto es, a un 50% más barato. Lo cual permite constatar que Praxair puede vender, en la misma zona, a un 100% más caro que Indura, sin temor a que el cliente le sea disputado.

Para esta Fiscalía, el hecho que los hospitales no dirijan sus compras hacia los proveedores que cuentan con los precios más bajos, -situación que no admite ninguna explicación económica en un régimen de libre competencia- es el más claro indicador de un reparto de mercado, bajo la forma de un pacto para no disputar sus clientes actuales. En efecto, la condición única, necesaria y suficiente para que las requeridas puedan cobrar precios tan disímiles por un mismo producto, a similar volumen, en la misma zona, sin que los afectados emigren hacia los proveedores con mejor precio, es un acuerdo para eliminar la movilidad de los clientes, conducta que, desde la perspectiva de la lógica económica, del derecho de la competencia y de la jurisprudencia constituye reparto de mercado. Ahora bien, como acreditaremos en la

oportunidad procesal del caso, la forma como se cumple dicho acuerdo es la negativa de venta, por parte de cada una de las requeridas, ante la solicitud de un hospital que pertenece a la nómina de clientes de algún “competidor”.

Otro factor que se suma a la concertación de los agentes requeridos y la hace factible es, sin lugar a dudas, que los estanques de almacenamiento instalados en los hospitales pertenecen a los proveedores, lo cual genera, en tanto facilidades esenciales para la provisión o abastecimiento del producto, trabas tanto desde la perspectiva de los costos, como del riesgo de interrupción de un servicio definido como esencialmente continuo.

2 DETERMINACIÓN ANTICOMPETITIVA DEL PRECIO Y SU DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA.

La restricción que han impuesto las requeridas a la competencia, unida a la opacidad que presenta este mercado, les ha permitido, además, determinar en forma unilateral y arbitraria los precios de venta del oxígeno en este mercado y, luego, discriminar por precios entre sus clientes.

El poder de mercado que, artificiosamente, las requeridas se han otorgado mutuamente, ha eliminado toda posibilidad de que el precio del producto se fije mediante el libre juego de la oferta y la demanda. De este modo, los hospitales, para obtener un mejor precio, dependen exclusivamente de la buena voluntad de sus respectivos proveedores, careciendo absolutamente de capacidad de negociación, ya que un eventual cambio de proveedor es inexistente o genera el riesgo de enfrentar un período sin abastecimiento.

Los antecedentes de la investigación permiten concluir que los hospitales son objeto, por parte de las requeridas, de una doble discriminación: en primer lugar, pagan en promedio un precio muy superior al de demandantes similares del sector industrial, sin que exista ninguna razón objetiva que lo justifique; y segundo, hospitales con consumos y localización similares obtienen precios muy disímiles.

La evidencia examinada por esta Fiscalía indica que las empresas requeridas, al fijar sus precios para el mercado industrial y el de salud, discriminan en contra de los hospitales públicos. Luego, discriminan entre éstos, más allá de toda consideración de costo o de algún otro criterio aceptable desde el punto de vista económico y del resguardo de la libre competencia.

Como se ha dicho anteriormente, en un mercado con varios oferentes, la discriminación por precios en que incurren todos los oferentes requiere, necesariamente, de una conducta concertada para tal efecto, pues en un ambiente competitivo aquella no es posible sin que los demandantes emigren hacia quienes les ofrecen un mejor precio.

La evidencia respecto, por una parte, de diferencias de precios y, por la otra, de participaciones de mercado estables y de renovación año a año de los contratos, de los mismos proveedores con los mismos hospitales, refuerza definitivamente la existencia de concertación.

La información recogida por esta Fiscalía es concluyente: los precios de abastecimiento de oxígeno criogénico líquido y gaseoso a los establecimientos del sistema de salud público se caracterizan por una gran dispersión.

En efecto, según datos del año 2003, para el oxígeno líquido, el precio promedio por M³ en el sistema fue de \$548, registrándose un precio máximo de \$1.051 y un precio mínimo de \$329, existiendo diversos casos de hospitales con niveles de consumo similares y localizaciones comparables, con diferencias de precio de hasta un 40%.

Para el oxígeno gaseoso, el precio promedio en el sistema fue de \$1.378, en contraste con un precio máximo de \$2.951 y un precio mínimo de \$321, con un comportamiento que se asemeja al descrito para el oxígeno líquido.

De acuerdo con los datos aportados por las propias requeridas, esta situación no varió en el año 2004.

Sin embargo, la constatación más patente de la fijación arbitraria del precio y su consecuente discriminación, por parte de las requeridas, es que unos mismos proveedores cobren por el mismo producto, precios muy distintos, a clientes con similar localización y volumen de compra.

En efecto, en 2002, **AGA** le vendió 18.400 M³ de Oxígeno Líquido al Instituto del Cáncer (Santiago) a un precio de \$680 el M³, en circunstancias que para un volumen similar cobró sólo \$447, al Hospital San Luis de Buin. Esto significa que el mismo producto fue un 34% más barato o un 52% más caro según el Hospital que se tome como referencia.

Air Liquide vendió 31.000 M³ de Oxígeno Líquido al Hospital de Melipilla, a **\$701** el M³, y 29.500 M³ al Hospital El Pino (Santiago), a **\$489**. El mismo producto resultó un 30% más barato o un 43% más caro según el Hospital que se tome como referencia.

Indura, por su parte, vendió 46.000 M³ de Oxígeno Líquido al Hospital Dr. Eduardo Pereira, de Valparaíso, a **\$639**; y 39.500 M³ al Hospital San José de Maipo a **\$379**. Esto es, un 41% más barato, o un 69% más caro según el Hospital que se tome como referencia.

En lo que respecta al Oxígeno Gaseoso, **Indura**, en el mismo año 2002, vendió 4.500 M³ al Hospital de Constitución, a **\$1.312** el M³, en circunstancias que por una venta al Hospital de Linares de sólo 3.400 M³, cobró **\$695** el M³. Esto se traduce en que el mismo producto fue un 47% más barato, o un 89% más caro, según el Hospital que se tome como referencia.

Air Liquide, por su parte, vendió al Hospital de Tomé 8.200 M³ a un precio unitario de **\$1.773**, y al Hospital Las Higueras, de Talcahuano, 6.500 M³ a un precio de **\$1.071**. Esto es, un 40% más barato, o un 65% más caro, según el Hospital que se tome como referencia.

Finalmente, **AGA** vendió 7.000 M³ de Oxígeno Gaseoso al Hospital de Lota a **\$1.752**, y 7.300 M³ al Hospital de Los Ángeles a **\$1.116**. Esto es, un 36% más barato o un 57% más caro, según el Hospital que se tome como referencia.

Como se dijo al inicio de este capítulo, los hospitales enfrentan, además, unos precios muy por encima de los que pagan otros clientes con niveles de consumo similares (mineras, metalúrgicas, etc.). en el siguiente cuadro, se presentan dos ejemplos que manifiestan esta situación.

Consumos Comparados (Año 2003)

Empresa	Cliente	Producto	Ventas Físicas (m3)	Precio Unitario Promedio (\$)	Diferencia (%)
AIRLIQUIDE	HOSPITAL ROBERTO DEL RIO	Oxígeno Líquido	100.930	433	129
AIRLIQUIDE	MINERA MERIDIAN LIMITADA	Oxígeno Líquido	97.073	189	
INDURA	HOSPITAL REGIONAL DE RANCAGUA	Oxígeno Gaseoso	50.609	1.033	120
INDURA	EDYCE S.A.	Oxígeno Gaseoso	47.812	470	

Fuente: Elaboración FNE, a base de información entregada por empresas y CENABAST.

En resumen, los hospitales le compran los mayores volúmenes de oxígeno líquido a las empresas que cobran los precios más altos del mercado. Además, son víctimas de una doble discriminación: en primer lugar, pagan un precio muy superior al de demandantes similares del sector industrial, sin que exista ninguna razón objetiva

que lo justifique; y segundo, entre los mismos hospitales obtienen precios muy disímiles, sin que exista explicación lógica alguna.

Sin embargo, estos demandantes no emigran hacia los proveedores que cobran los precios más bajos del mercado y estas empresas oferentes logran mantener a estos clientes, en circunstancias que otros proveedores cobran precios notoriamente más bajos.

La teoría y la práctica económicas indican que la capacidad de un oferente para fijar arbitrariamente el precio de un producto a sus clientes y luego para discriminar por precio entre ellos, es el resultado del ejercicio de poder de mercado. Sin embargo, en el caso en comento, la empresa que fija el precio y discrimina no es la única en el mercado, ni siquiera la de mayor tamaño relativo. Esta incongruencia tiene una explicación: las restantes empresas también fijan el precio a sus clientes y discriminan entre ellos.

Así aparece nítida la fuente de la que emana dicho poder: Todas y cada una tienen el poder de mercado para hacerlo, porque se lo han otorgado sucesiva y reciprocamente.

De acuerdo con los datos aportados por las propias requeridas, esta situación tampoco varió en el año 2004.

3 ACCIÓN CONCERTADA PARA ELIMINAR O RESTRINGIR LA LIBRE COMPETENCIA, EN EL PROCESO DE LICITACIÓN DE CENABAST.

El Decreto Ley N° 2.763, de 1979, creó el Sistema Nacional de Servicios de Salud (SNSS) y dio origen a la Central de Abastecimiento del SNSS. La función asignada a esta Central fue la de abastecer de fármacos e insumos clínicos al sector.

En 1995 CENABAST comienza a operar bajo la nueva modalidad de agente intermediador. En la actualidad, posee una canasta de 1.800 productos que satisfacen las necesidades del 98% de los hospitales públicos (183) y más del 50% de los gestionados por los municipios del país (233). Esta institución se ha planteado la meta de gestionar la compra del 100% de los fármacos e insumos que necesita cada uno de los establecimientos de salud, agregando eficiencia al sistema. Permitiendo de este modo que tanto los hospitales como los consultorios, se dediquen exclusivamente a atender a los usuarios del sistema.

Conforme a su misión, en 2004, CENABAST decidió realizar un llamado a licitación pública para el suministro de oxígeno líquido a los establecimientos hospitalarios del Sistema Nacional de Servicios de Salud, elaborando, al efecto, las bases administrativas y técnicas de la propuesta pública para la contratación de dicho suministro, mediante Resolución Exenta N° 964, de 14 de julio de 2004.

Previo a ello, encargó a Diseño y Gestión Consultores Ltda. un estudio de mercado y el diseño de un modelo de licitación.

El análisis realizado por esta Fiscalía, de los antecedentes y del desarrollo y resultados de esta licitación, permitió establecer que, en dicho proceso de licitación para la provisión de oxígeno líquido al Sistema de Salud Público, realizado en septiembre de 2004, por CENABAST, existió un claro comportamiento concertado, por parte de las empresas requeridas, con el fin de eliminar o restringir la libre competencia.

3.1 Las condiciones de la licitación de CENABAST.

Este proceso de licitación tuvo como propósito central, a partir del dato de la concentración de la oferta, desincentivar comportamientos concertados por parte de las requeridas que, a pesar de las notables diferencias de precios, mantenían unas participaciones de mercado estables en el tiempo (lo que, a juicio de esta Fiscalía se refleja en la continua renovación de los contratos de los hospitales con los mismos proveedores). Otro dato relevante es que sus diferentes estructuras de costos permitirían una competencia que, en la práctica, no existe.

Para ello, CENABAST definió que el número de zonas fuera inferior al número de empresas participantes (tres zonas para cuatro empresas participantes) y que una de las zonas concentrara la mayor parte de la demanda que fuera posible, estableciendo un contrato de largo plazo. Esta zona debía ser desequilibrante, en relación con todas las otras componentes de la licitación.

3.2 Resultados de la licitación de CENABAST.

Las cuatro empresas requeridas presentaron Ofertas Técnicas y Económicas al Sistema de Información de Compras y Contrataciones de los Organismos Públicos, que opera a través del portal “Chile Compra”, el día 27 de Agosto de 2004. Las Ofertas Económicas recibidas fueron las siguientes:

Ofertas Económicas (\$/m3)

	AGA	INDURA	PRAXAIR	AIR LIQUIDE
Zona Centro Extendido	541	555	495	560
Zona Norte	599		615	568
Zona Sur	609	587	630	

Fuente: Acta de remate a la baja por adquisición de oxígeno líquido y gaseoso (CENABAST)

Luego de abiertas las ofertas económicas se seleccionó a las tres empresas que ofrecieron los precios más bajos:

\$/m3

	AGA	INDURA	PRAXAIR	AIR LIQUIDE
Zona Centro Extendido	541	555	495	
Zona Norte	599		615	568
Zona Sur	609	587	630	

Fuente: Acta de remate a la baja por adquisición de oxígeno líquido y gaseoso (CENABAST)

La diferencia entre la oferta más alta y la más baja fue de un 10,8% para la Zona Centro, de 7,6% para la Zona Norte y de 6,8% para la Zona Sur.

A continuación, se realizó un remate a la inversa (a la baja) entre los oferentes seleccionados.

Conforme a las bases, CENABAST debía preguntar primero al oferente que llegó con el valor más alto, si estaba en situación de realizar una oferta \$10 por debajo de la menor oferta seleccionada y luego preguntar lo mismo al oferente con el segundo mayor valor, en caso de declinación del primero, o si ofrecía \$10 por debajo de la oferta anterior, y así sucesivamente.

De este modo, para la Zona Centro Extendida, **Indura** ofertó \$485, esto es, \$10 por debajo del valor más bajo ofertado por Praxair (\$495); consultada **AGA**, declinó; consultada **Praxair** ofertó \$475; consultada nuevamente **Indura** ofertó \$465; y finalmente **Praxair** declinó realizar una oferta mejor, quedando como mejor oferente **Indura** con **\$465**.

Este mismo procedimiento se repitió para la Zona Norte, quedando como mejor oferente **Air Liquide** con **\$548**, y luego para la Zona Sur, quedando como mejor ofeente **Indura** con **\$547**.

CENABAST había registrado en una Notaría, precios de referencia para cada una de las zonas.

El siguiente cuadro, consigna los precios de referencia registrados ante Notario por CENABAST, los mejores precios ofertados y la diferencia entre aquellos y éstos.

\$/m3

	Precios de Referencia	Mejor Precio Ofertado	Diferencia (%)
Zona Centro Extendido	301	465	54,5
Zona Norte	334	548	64,1
Zona Sur	334	547	63,8

Fuente: Acta de remate a la baja por adquisición de oxígeno líquido y gaseoso (CENABAST)

Considerando que los montos ofrecidos superaban por mucho los precios de referencia (alcanzando valores superiores al 50% del precio de referencia), se rechazaron las ofertas resultantes del remate a la inversa y se procedió a preguntar a las empresas si estaban en situación de igualar los precios de referencia, incorporándose a esta nueva etapa aquellas que habían declinado en dicho remate.

Se comenzó por la Zona Centro Extendida, y por la empresa que ofertó el valor más bajo, en este caso, Indura.

Indura declinó igualar el precio de referencia de \$301.

Correspondiendo el turno a **Praxair**, (que en el remate a la baja había declinado mejorar la oferta de **\$465** de Indura), señaló que igualaba el precio de **\$301**.

Conforme a las Bases de la Licitación, se declaró cerrada esta etapa y se procedió, de la misma forma, a las consultas para las zonas Norte y Sur, con los siguientes resultados:

Para la Zona Norte, consultada en primer lugar **Air Liquide**, que llegó con un valor de **\$548**, aceptó de inmediato igualar el precio de referencia de **\$334**.

Para la Zona Sur, consultada en primer lugar **Indura**, que llegó con un valor de **\$547**, aceptó de inmediato igualar el precio de referencia de **\$334**.

De acuerdo con las Bases, cerradas estas etapas, se reunió de inmediato la Comisión de Adquisiciones de CENABAST, a efectos de analizar estas últimas ofertas y de emitir un pronunciamiento. La decisión fue comunicar a los oferentes la adjudicación a dichos valores:

**Valores finales de Adjudicación
\$/m3**

	Empresa Ganadora	Precio
Zona Centro Extendido	Praxair	301
Zona Norte	Air Liquide	334
Zona Sur	Indura	334

Fuente: Acta de remate a la baja CENABAST.

Como se ha expuesto, en el remate a la inversa, las empresas llegaron con ofertas superiores en más del 50% al precio de referencia declinando todas insistir a la baja. La distancia entre las ofertas y los precios de referencia indicaban que el proceso fracasaría y que CENABAST lo declararía desierto, quedando vigentes los contratos que las empresas tenían con cada hospital público; especial connotación tuvo la declinación de Indura de igualar el precio de referencia para la Zona Centro Extendida.

Sin embargo, en ese mismo instante, correspondiendo el turno a Praxair y habiendo ésta declinado a mejorar la oferta de Indura de \$465, aceptó igualar el precio de \$301. Este momento, en el cual se rompió el acuerdo o actuar paralelo de las oferentes, tendiente a mantener la enorme distancia entre sus ofertas y los precios de referencia, deja en evidencia, precisamente, que tal acuerdo existía. En efecto, la actitud de Praxair provocó que, en las zonas restantes, las empresas que habían presentado las mejores ofertas económicas, roto el acuerdo, aceptarían de inmediato igualar los precios de referencia.

En definitiva, sólo como resultado de la licitación, el Estado logró acercar los precios del oxígeno a valores competitivos (lo que le permitirá ahorrar anualmente \$MM 1.500).

Pero este mismo ahorro, visto desde la perspectiva del conjunto de las empresas proveedoras, significa que éstas obtuvieron, durante los últimos 4 años y sólo por las ventas de Oxígeno Líquido a Hospitales públicos, una renta sobrenormal equivalente a más de 10.000 Unidades Tributarias Anuales (según valores de la UTM para el período 2001-2004, obtenido del sitio WEB del Banco Central). Considerando en el cálculo sólo las ventas a los 10 principales clientes hospitales, en los casos de las empresas Air Liquide, Indura y AGA. Si sumamos a lo anterior, las ventas de oxígeno líquido a todos los hospitales y las ventas de oxígeno gaseoso, que están excluidas del cálculo, las rentas sobrenormales son muy superiores a las señaladas.

4 CONCLUSIONES.

1. La industria de gases industriales, tanto en el mundo como en Chile, se caracteriza por un alto grado de concentración. En Chile, cuatro empresas concentran prácticamente el 100% de un mercado estimado en US\$95 millones al año 2003.
2. Las requeridas han incurrido en una evidente concertación con consecuencias de reparto de mercado y discriminación de precios, evidenciado, en el caso de los hospitales del Servicio Nacional de Salud, por una gran dispersión de precios, sin que se observe una relación entre éstos y las cantidades consumidas, o entre el precio y las distancias desde los centros de abastecimiento hasta los hospitales; todo lo anterior, sin que las participaciones de mercado de los oferentes hayan variado en el tiempo, en la medida que se han mantenido vigentes o se han renovado los contratos de aprovisionamiento con los mismos proveedores. La existencia de un acuerdo para el reparto del mercado, en la forma de pacto para no disputarse los actuales clientes, explica por qué las requeridas han incurrido en la determinación anticompetitiva y discriminación arbitraria de precios, sin migración de los demandantes hacia los oferentes, con precios más bajos.
3. En el pasado, al momento de renovar los contratos, los hospitales, si es que llegaban a cotizar, recibían propuestas del resto de las empresas levemente mejores a la anteriormente vigente, pero éstas eran mejoradas por la empresa cuyo contrato estaba por vencer. Esta estrategia es parte evidente de un pacto de no agresión.
4. En el proceso de licitación llevado a cabo por la CENABAST, existió una práctica concertada que se manifiesta en un acuerdo entre las empresas respecto de la manera cómo comportarse durante la licitación. Sólo la circunstancia de que este acuerdo haya sido roto a último minuto por Praxair, permitió el éxito del proceso de licitación de CENABAST. Es evidente que dicho proceso resultó muy trabado y sin competencia entre las empresas, lo cual constituye evidencia de que éstas preferían ver fracasar el proceso y mantener la situación actual, antes que competir y ver caer dramáticamente los precios.
5. En conclusión, a lo menos durante el período 2001 - 2004, las empresas requeridas incurrieron en una acción concertada anticompetitiva que, en la práctica, se tradujo en no disputarse los clientes de la nómina de otra empresa, mediante la negativa de venta. Lo anterior constituye un reparto ideal o de cuotas

de mercado, en la medida que cada una de las requeridas decidió no competir por los clientes “perteneientes” a las otras. Esta situación, que provocó una absoluta falta de movilidad de los demandantes en busca del precio más conveniente en el mercado, permitió a cada una de las requeridas fijar abusivamente los precios de venta, incluso discriminando por precio entre sus propios clientes.

El ejercicio abusivo conjunto del poder de mercado que, gracias a la concertación, cada una de las requeridas ejerció en perjuicio de sus respectivos clientes, queda explícito con la magnitud del ahorro que, para el Estado, generó el resultado de la última licitación. Dicho abuso permitió a las requeridas obtener, a lo menos durante el período analizado que va entre 2001 y 2004, rentas sobrenormales.

6. El comportamiento de las requeridas en el mercado nacional reproduce, como copia casi perfecta, lo ocurrido en otros mercados, como en el argentino. En efecto, recientemente, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia argentina, ha sancionado a las mismas cuatro empresas requeridas, por concertar precios, repartirse clientes y concertar o coordinar posturas en los procedimientos de contratación, en los mercados de oxígeno medicinal.

5. EL DERECHO.

Las requeridas, al incurrir en las conductas señaladas, repartiéndose el mercado, o los clientes, y actuando concertadamente en una licitación pública, han atentado en contra de las normas de defensa de la libre competencia, configurándose la conducta del Artículo 3°, del DFL N° 1, de 2005, de Economía, que fija el texto actualizado 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 señala, 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.*

Se observa entonces que, el poder de mercado que cada una de las requeridas ostenta respecto de sus clientes, -derivado del acuerdo de reparto de mercado o de clientes- es ejercido abusivamente, mediante la fijación arbitraria de precios superiores a los que prevalecerían si hubiera competencia, y la discriminación, por precio, a los demandantes de este mercado, con la finalidad de obtener beneficios extraordinarios.

POR TANTO,

A ESE HONORABLE TRIBUNAL SOLICITO: Con el mérito de lo expuesto, y de lo dispuesto en los artículos 39, letra b), 18 N° 1) y 3 letras a) y b), del DFL N° 1, de 2005, que fija el texto actualizado del Decreto Ley N° 211, tener por deducido requerimiento en contra de las empresas identificadas al inicio de esta presentación, acogerlo a tramitación y, en definitiva, declarar:

1. Que las requeridas han incurrido en conducta anticompetitiva, consistente en actuar concertadamente para eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia en este mercado del oxígeno, por la vía del reparto del mercado.
2. Que en virtud de este acuerdo, las requeridas han ejercido abusivamente el poder de mercado logrado, mediante la determinación anticompetitiva de precios excesivos y la discriminación por precios; todo lo anterior, en especial en perjuicio de los establecimientos hospitalarios del Sistema de Salud Público.
3. Que han actuado concertadamente frente a una licitación, en perjuicio de los hospitales públicos del país.
4. Que se les previene en orden a cesar en estas conductas en el futuro, bajo apercibimiento de considerárseles reincidentes en ellas.

En mérito de este conjunto de conductas solicito se condene a cada una de las requeridas, individualizadas al inicio de esta presentación, al pago de una multa equivalente a 3.300 Unidades Tributarias Anuales, todo lo anterior con la sola excepción de la empresa Praxair, que a juicio de esta Fiscalía y en virtud de su conducta específica durante el proceso de licitación citado, amerita una multa inferior de 2.000 Unidades Tributarias Anuales. Esto es, aplicar a cada una de las empresas, las siguientes multas: AIR LIQUIDE CHILE S.A., UTA 3.300; INDURA S.A., UTA 3.300; AGA S.A., UTA 3.300; y PRAXAIR CHILE LIMITADA, UTA 2.000; o, a las sumas que ese H. Tribunal determine en justicia, y al pago de las costas de esta causa.

OTROSÍ: Tenga presente el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 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.



REPUBLICA DE CHILE *
FISCAL NACIONAL *
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

PEDRO MATTAR PORCILE
Fiscal Nacional Económico