

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 106/2010.

Santiago, dos de diciembre de dos mil diez.

VISTOS:

1. El requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica con fecha 3 de junio de 2008, a fojas 1 y siguientes.

1.2 El Fiscal Nacional Económico, en adelante FNE o la Fiscalía indistintamente, formula requerimiento en contra de las sociedades Bertonati Vehículos Especiales Limitada (Bertonati), Conversiones San José S.A. (San José) y Kaufmann S.A. Vehículos Motorizados (KVM), las que a su juicio establecieron un acuerdo con el fin de restringir la competencia en dos licitaciones organizadas por el Ministerio de Salud (Minsal) y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (Cenabast) para la provisión de 151 ambulancias y 23 clínicas dentales móviles.

1.2 Señala la Fiscalía que para dar cumplimiento a la promesa efectuada en el discurso presidencial del 21 de mayo de 2006 por la señora Presidenta de la República, el Minsal y la Cenabast organizaron dos licitaciones, la N° 621-701-LP06 Compra Ambulancias Básicas 2006-Auge, y la N° 621-702-LP06 Clínicas Dentales Móviles 2006-Auge, publicadas en agosto de 2006.

1.3 Menciona que el mercado de estos “vehículos especiales” es uno de pocos competidores, pues se requieren relaciones de confianza con el proveedor de vehículos para la transformación. Las principales participantes de este mercado, continúa, son Bertonati, San José y Grisolia y Cia. Ltda. (Grisolia).

1.4 Luego, la Fiscalía señala que las bases de la licitación tenían exigencias sobre los vehículos tales como que “*sólo el furgón modelo Sprinter de Mercedes Benz, cuyo exclusivo representante en Chile es Kaufmann [refiriéndose a KVM]*” podía ser considerado para su transformación por quienes quisieran participar de la licitación.

1.5 De acuerdo a lo descrito por la Fiscalía, es entonces que Bertonati y San José hacen parte del acuerdo colusivo a KVM, encargándose esta última de negarle la venta a sus potenciales competidores en las licitaciones, asegurando de este modo la adjudicación a las antes individualizadas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.6 Continúa su argumento mencionando que con fecha 31 de agosto de 2006 Kaufmann (refiriéndose a KVM) le notifica a Grisolía y Distribuidora de Productos Médicos Limitada (Dipromed) que no habrá disponibilidad de vehículos, aconsejándoles no presentarse a la licitación.

1.7 El día 5 de septiembre de 2006, los participantes entregaron sus ofertas. Al día siguiente, 6 de septiembre de 2006, menciona, se abren y son rechazadas las ofertas de Grisolía y Dipromed por no contar con las características técnicas necesarias, mientras se aceptaron las de Bertonati y San José que ofrecían el modelo Sprinter.

1.8 Debido que las ofertas de Bertonati y San José superaron el presupuesto disponible para estas licitaciones, el Minsal declaró desiertas las mismas por medio de las resoluciones Nos. 2117 y 2126, ambas de 20 de septiembre de 2006, tras lo cual se realizó un nuevo llamado a licitación con fecha 24 de noviembre de 2006.

1.9 Las ofertas de esta licitación conjunta de ambulancias y clínicas dentales, menciona la Fiscalía, se efectuaron el 13 de enero de 2007, siendo adjudicadas por medio de la resolución No. 254 a Bertonati, San José y Grisolía.

1.10 El mercado relevante señalado por la Fiscalía en este requerimiento se circunscribe al de los Vehículos Ambulancias y Clínicas Dentales demandados por parte del Minsal y especificados en las licitaciones antes mencionadas.

1.11 Señala luego que este es un mercado altamente concentrado, con valores del índice HH que superaron los 4300 puntos en las licitaciones de años anteriores, donde ofertaron hasta cinco empresas, pero con un claro dominio de Bertonati y San José en primer y segundo lugar, teniendo en conjunto más del 90% de participación de las adjudicaciones en montos y en unidades.

1.12 Finaliza su requerimiento solicitando se declare que las acciones de las requeridas han configurado la conducta prevista en el artículo 3 del D.L. N° 211, toda vez que el acuerdo entre Bertonati y San José se identificaría con la conducta descrita por la ley, cuya finalidad fue la repartición del mercado en cuotas, presentando ofertas complementarias, fijando precios abusivos, incluyendo a KVM quien habría blindado, en palabras de la FNE, con la comisión de otro ilícito, cual es la negativa injustificada de venta. Por último, pide la FNE que se condene a cada una de las requeridas al pago de una multa de 3.300 UTA cada una de ellas, en cuanto habrían incurrido en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

una grave conducta anticompetitiva al actuar concertadamente para entorpecer la competencia en las licitaciones antes mencionadas, con expresa condena en costas.

1.13 Con fecha 29 de agosto de 2008, según consta a fojas 113, la FNE rectifica el RUT de KVM. En presentación separada, de la misma fecha antes señalada, la FNE amplía el requerimiento en el sentido de dirigirlo también en contra de la sociedad Comercial Kaufmann S.A., en adelante también Kaufmann o Kaufmann S.A. Ambas presentaciones fueron resueltas en virtud de resolución escrita a fojas 162, en el sentido de tener presente la rectificación y por ampliado el requerimiento en la forma pedida por la FNE;

2. La contestación del requerimiento, presentada con fecha 22 de agosto de 2008, según consta a fojas 75 y siguientes, por la parte de Conversiones San José Limitada, en adelante también “San José”, solicitando que sea rechazado el requerimiento en todas sus partes, por los motivos que a continuación se resumen.

2.1 Señala que no se cumplen en la especie los requisitos del artículo 3° del D.L. N° 211 y KVM no tiene relación alguna con los hechos en tanto dicha empresa no proveía los vehículos ni menos podía prohibir su venta. Fue otro proveedor y no aquel señalado por la FNE.

2.2 Afirma San José que no atentó contra la libre competencia, que no ha existido colusión por cuanto su actitud dice relación con el apoyo al gobierno de la Presidenta Bachelet, y que la decisión de comunicar su participación por el 50% de la licitación en una reunión convocada por Minsal no puede interpretarse como colusión.

2.3 En cuanto a los precios de las licitaciones señala la requerida que no son abusivos y que pueden ser justificados económica y racionalmente. Continúa señalando que los precios ofertados no son comparables, puesto que las condiciones de cada uno eran distintas y por lo tanto implicaban costos y precios diferentes.

2.4 Afirma haber actuado con la convicción de la licitud y rectitud de su conducta, configurándose a su respecto el error de prohibición, el que la exime de responsabilidad.

2.5 En subsidio de los argumentos esgrimidos, solicita se declare la prescripción de la acción en atención a que de existir por parte de la requerida alguna de las conductas que satisfagan la infracción en los términos del requerimiento, sería sobre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

hechos que ocurrieron con fecha 14 de julio de 2006 (reunión Minsal) encontrándose prescrita la acción, toda vez que la requerida fue notificada válidamente con fecha 5 de agosto de 2008.

2.6 En subsidio de la alegación de prescripción, pide la rebaja de las multas solicitadas por la FNE, atendido que aquellas serían desproporcionadas. Agrega que no se cumplen en la especie los requisitos de gravedad, que no obtuvo beneficios ni es reincidente, y por lo demás la multa es superior a su patrimonio.

2.7 Finaliza su presentación solicitando el rechazo del requerimiento de la FNE, que en subsidio se acoja la excepción de prescripción, que se exima a la requerida de sanciones y que en subsidio de todo lo anterior se reduzcan las sanciones solicitadas por la FNE de manera sustancial.

2.8 Con fecha 24 de octubre de 2008, según consta a fojas 203 y siguientes, San José contesta el requerimiento ampliado en idénticos términos del escrito de fojas 75 y siguientes, agregando un capítulo referido a las actuaciones procesales de la FNE, señalando que en la especie se ha vulnerado el artículo 261 del Código de Procedimiento Civil pues no resulta factible rectificar y ampliar un requerimiento ya contestado.

2.9 En ese entendido y fundándose además en lo dispuesto por el citado artículo 261 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 20 inciso 3° del DL 211, opone la excepción de prescripción, pues en palabras de la requerida, de existir conducta atentatoria de la libre competencia sería en fecha máxima el día 5 de septiembre de 2006, fecha tope para presentar las ofertas a la licitación;

3. El escrito de fecha 29 de agosto de 2008, que rola a fojas 134, en el que comparece la parte de Bertonati Vehículos Especiales Limitada, en adelante también "Bertonati" oponiendo en lo principal de su presentación la excepción de prescripción respecto de las acciones para perseguir las conductas esgrimidas por la FNE. En subsidio de la excepción de prescripción, Bertonati contesta el requerimiento, señalando que no ha participado en acuerdo, colusión, repartición de mercado ni fijación de precios abusivos ni con las requeridas ni con ninguna otra compañía, ni ha incurrido en conductas tendientes a efectuar negativas de ventas de insumos, ni ninguna otra conducta que atente contra la libre competencia. Funda su contestación en los argumentos que siguen;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.1 Afirma que la FNE ha cometido errores al analizar el mercado pues no es efectivo que sólo el modelo Sprinter cumplía las especificaciones técnicas contempladas en primeras licitaciones; se trata de un mercado abierto con múltiples competidores; no existen barreras de entrada a competidores nacionales; se trata de una industria simple a la que no es difícil acceder; no existen barreras de entrada a competidores internacionales; y por último, porque no es efectivo que las primeras licitaciones hayan tenido carácter nacional.

3.2 Bertonati sostiene que no existen conductas ilícitas, sólo un comportamiento estratégico comercial. Agrega que no tenía capacidad para ofertar todas las unidades de las licitaciones y para cumplir requerimientos de sus clientes y que dicha es la razón por la que ofertó en segmentos que le resultaban más rentables y donde poseía ventajas competitivas y enfrentaba menos competencia.

3.3 Continúa su defensa señalando que es una empresa líder en el mercado de ambulancias, que cuenta con los insumos y equipos, los que también vende a Conversiones San José y a otros clientes.

3.4 En cuanto a los precios de las ofertas y cantidad de ambulancias, agrega que obedecen a costos fijos similares y exigencias idénticas para la producción de las unidades licitadas. Niega que los precios ofertados hayan sido superiores a los de mercado, pues se ajustaron a valores competitivos de mercado, siendo el presupuesto estimado por las autoridades el que resultó, en opinión de la requerida, insuficiente.

3.5 Bertonati niega la existencia de acuerdos ilícitos, señalando que la comunicación entre ellas, antes, durante y después de las licitaciones corresponden a un intercambio comercial entre agentes de un mismo mercado.

3.6 Afirma también que no ha existido daño a la competencia, al erario fiscal ni a la salud de todos los chilenos, solicitando que en definitiva se rechace el requerimiento de la FNE.

3.7 Con fecha 24 de octubre de 2008, según consta a fojas 252 y siguientes, Bertonati contesta el requerimiento ampliado solicitando su rechazo, por las mismas razones expuestas a fojas 134 y siguientes, sin agregar nuevos argumentos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.8 Por último, con fecha 20 de abril de 2009, según consta a fojas 801 y siguientes la requerida opone la excepción de prescripción de conformidad con el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, fundada en que el requerimiento se notificó con fecha 8 de octubre de 2008 a la última de las requeridas, encontrándose prescritas las acciones para perseguir las conductas anticompetitivas imputadas, toda vez que ellas debieron ocurrir antes del 5 de septiembre de 2006 fecha en que se cerraron las licitaciones públicas y en que se presentaron las ofertas;

4. La contestación del requerimiento presentada con fecha 6 de octubre de 2008, según consta a fojas 195 y siguientes, por la parte de Kaufmann S.A. Vehículos Motorizados, en adelante también "KVM" quien, tras haber sido desechadas previamente por resolución de fojas 162 las excepciones dilatorias opuestas por dicha sociedad, contesta el requerimiento ampliado, solicitando su rechazo con costas atendido que KVM, según afirma, no tiene relación alguna con los hechos materia de la presentación de la FNE. Agrega que no ha participado ni participa en el mercado de comercialización de vehículos Mercedes Benz, ni ha sido proveedor de los modelos Sprinter para licitación alguna.

4.1 En el mismo sentido afirma KVM que la acción no le empece y que por ende no puede tener la calidad de parte en este proceso.

4.2 En subsidio de lo anterior, KVM opone la excepción de prescripción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 20 inciso 3° del D.L. N° 211, pues han transcurrido en opinión de la requerida más de dos años desde la ejecución de la conducta que se le imputa;

5. El escrito de fecha 28 de noviembre de 2008, a fojas 269 y siguientes, en el que Comercial Kaufmann S.A., tras haber sido desechadas previamente por resolución de fojas 266 las excepciones dilatorias opuestas por dicha sociedad, contesta el requerimiento deducido en su contra, solicitando su rechazo, con costas.

5.1 Como primer capítulo de su defensa opone la requerida la excepción dilatoria de falta de legitimación pasiva para ser requerida en autos fundada en el hecho de haberse ampliado el requerimiento por parte de la FNE incluyendo a Comercial Kaufmann en contravención al artículo 261 del Código de Procedimiento Civil, de modo que la requerida se constituye en una persona que la ley no considera como legitimada pasiva en estos autos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.2 Opone a continuación la excepción dilatoria de falta de legitimación activa de la FNE para requerir a Kaufmann S.A. toda vez que, en opinión de la requerida, la ampliación del requerimiento realizada por un abogado de la Fiscalía Nacional Económica, es legalmente improcedente y nula de derecho público, pues es el Fiscal Nacional Económico el indicado para tales efectos.

5.3 Afirma por otra parte que los hechos en que se funda el requerimiento están prescritos, toda vez que en el evento de existir por parte de la requerida alguna conducta reprochable, ésta necesariamente debió ocurrir antes del 31 de agosto de 2006, fecha en la que se le imputa la negativa de venta a Grisolia y Dipromed, o en el peor de los casos, antes del 5 de septiembre de 2006, es decir, del momento en que los carroceros presentaron sus ofertas. El requerimiento se notificó con fecha 8 de octubre de 2008, habiendo transcurrido a esa fecha el plazo de prescripción de dos años.

5.4 En subsidio de las alegaciones anteriores, contesta derechamente el requerimiento, solicitando su rechazo atendido que no ha existido ilicitud alguna. El mercado es altamente competitivo, Comercial Kaufmann no ha tenido ni tiene posición de dominio, no se le puede imputar el diseño de las bases que habrían permitido la comisión del ilícito, no hubo colusión ni menos negativa de venta por parte de la requerida.

5.5 Respecto del mercado relevante del producto, niega la efectividad de la afirmación de la FNE. Señala Kaufmann S.A. que existen numerosos vehículos capaces de cumplir la función de ambulancia y clínica dental, por lo que el producto del mercado relevante es más amplio de lo que señala la FNE. En cuanto al ámbito geográfico precisa que debe indicarse que se trata de un mercado abierto al mercado internacional.

5.6 En cuanto a la existencia de barreras de entrada y competencia potencial, señala que aquellas son inexistentes y que cualquier empresa que desee ingresar al mercado de venta de vehículos motorizados puede hacerlo.

5.7 Respecto a algunos hechos que conforman el requerimiento afirma Kaufmann S.A. que el diseño de las bases de la primera licitación no le es imputable; que fue la propia autoridad quien decidió establecer ciertos requisitos que precisaban el universo de productos que se le podían ofrecer; y que en definitiva las bases privilegiaron los breves plazos de entrega de los vehículos y la calidad del vehículo por sobre el precio.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.8 Agrega la requerida que no es efectivo que Comercial Kaufmann haya negado venta alguna y que su actuación en el marco de sus relaciones comerciales con Grisolia y Dipromed, han sido legítimas, comprensibles y responsables.

5.9 La requerida afirma no haber participado en ningún acuerdo colusorio y que tampoco le consta si entre los carroceros requeridos hubo algún acuerdo.

5.10 Cierra su presentación alegando la falta de peticiones concretas; la falta de fundamento de la multa, calificándola además como injusta y arbitraria; y, reiterando que el requerimiento se le notificó con fecha 8 de octubre de 2008, habiendo transcurrido a esa fecha el plazo de prescripción de dos años. Por todo lo anterior solicita el rechazo, con costas, del requerimiento deducido en su contra;

6. La resolución que recibió la causa a prueba, a fojas 321, con fecha 27 de enero de 2009. La citada resolución fue objeto de recursos de reposición por parte de la FNE y las requeridas de autos, según consta a fojas 322, 328, 331. Los mencionados recursos fueron resueltos a fojas 339, el día 19 de marzo de 2009. El texto definitivo de la citada resolución contempla los siguientes hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos: (i) Estructura y características del o de los mercados concernidos en que participan las requeridas, y la evolución de su participación en los mismos; (ii) Efectividad de que las requeridas hayan coordinado la participación de las empresas “Bertonati vehículos Especiales Ltda” y “Conversiones San José” en las licitaciones públicas de autos números 621-701-LP06 y 621-702- LP06. Época, circunstancias y efectos; y, (iii) Efectividad de que “Kaufmann S.A. Vehículos Motorizados” o “Comercial Kaufmann S.A.” hayan negado injustificadamente la venta de furgones Mercedes Benz modelo Sprinter a otros potenciales participantes de las licitaciones públicas números 621-701-LP06 y 621-702- LP06, mencionadas en autos. Época en que dichos hechos habrían ocurrido, circunstancias y efectos;

7. La prueba documental, testimonial y confesional rendida por la Fiscalía Nacional Económica, y la medida para mejor resolver decretada por este Tribunal a solicitud de dicha Fiscalía, según a continuación se detalla.

7.1 En cuanto a la prueba documental:

7.1.1 A fojas 1326 y siguientes acompañó piezas del expediente de investigación de la FNE.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

7.1.2 A fojas 1936 y siguientes acompañó la denuncia presentada ante la FNE por Marina Allué Hernández y Américo Allué Hernández en contra de Conversiones San José Ltda, por presuntas prácticas exclusorias y copia de sus declaraciones complementarias.

7.1.3 A fojas 2816 y siguientes acompañó un Listado de adquisiciones de ambulancias y clínicas dentales móviles período 2004 a abril de 2007, remitido por el Director de Compras y Contratación Pública a la FNE; acta de declaración de Peter Plesr Marín ante la FNE; 5 recortes de avisos publicitario de Kafmann, (confidencial) “Informe sobre la revisión limitada a los estados financieros al 30 de junio de 2007 de Conversiones San José S.A.”

7.2 En cuanto a la prueba testimonial:

(i) A fojas 1325 bis y siguientes declaró como testigo don Eneas Grisolia Corbatón; (ii) A fojas 1336 y siguientes declaró como testigo don Gabriel Arturo Méndez Serqueira; (iii) A fojas 1351 y siguientes, declaró como testigo don José Miguel Moreno Charme; (iv) A fojas 1364 y siguientes declaró como testigo don Jaime Junyent Ruiz; (v) A fojas 1473 y siguientes declaró como testigo don Humberto Enrique Allué Hernández; (vi) A fojas 1480 y siguientes declaró como testigo don Peter Ariel Plesr Marín; (vii) A fojas 1496 y siguientes declaró como testigo don Pablo Zuñiga Rodríguez; (viii) A fojas 1511 y siguientes, declaró como testigo doña Nayade Corina Saldívar Sandoval; y, (ix) A fojas 1556 y siguientes declaró como testigo don Patricio Hernán Apablaza Arévalo.

7.3 En cuanto a la prueba testimonial decretada como medida para mejor resolver, a petición de la FNE:

(i) A fojas 1531 y siguientes, declaró como testigo don Miguel Ángel Parra Guzmán; (ii) A fojas 1551 y siguientes declaró como testigo don Francisco Echeverría Ruiz Tagle; y, (iii) A fojas 1551 y siguientes declaró como testigo doña Marina Allué Hernández.

7.4 En cuanto a la prueba confesional solicitada por la FNE.

(i) A fojas 1409 y siguientes absolvió posiciones don Miguel Bertonati Barra, en representación de Bertonati Vehículos Especiales; (ii) A fojas 1431 y siguientes absolvió posiciones don Enrique Allué Nualart, en representación de Conversiones San José; y, (iii) A fojas 1459 y siguientes absolvió posiciones don Peter Gremler Zeh en representación de Kaufmann S.A. Vehículos Motorizados;

8. La prueba documental y testimonial rendida por la parte de Bertonati, según se detalla a continuación:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8.1 En cuanto a la prueba documental:

8.1.1 A fojas 1311 y siguientes acompañó antecedentes de las licitaciones materia del presente requerimiento, Documento denominado “*Aspectos fundamentales en el diseño de una licitación o subasta*”; Gráficos y cuadros de Licitaciones Públicas ChileCompra año 2006; Presentación Power Point denominada “*Modelos de Compra*” realizada por José Miguel Moreno; Reportajes de prensa; Borrador no oficial de discusión parlamentaria; Comparación de utilidades que reportaban a Bertonati las distintas líneas de producto licitadas; Gráficos y cuadros de Licitaciones Públicas ChileCompra año 2006 referidos a participaciones por empresa en el mercado de las ambulancias 4x2, 4x4, y clínicas dentales; Facturas y análisis de costos de órdenes de trabajo de clínicas dentales móviles, ambulancias 4x4 y ambulancias 4x2; Certificado que acredita que Bertonati es usuario de Zofri; Disco compacto relativo a la inversión en investigación y desarrollo del departamento de ingeniería de Bertonati; Cuadros y gráficos relativos a la capacidad de plant estimada por Bertonati; Bases generales y especificaciones técnicas de licitación SAMU Región Metropolitana – Hospital de Urgencia Pública (Huap); Correo electrónico de 2 de febrero de 2007 enviado por Roberto Hernández (Cenabast) a Danilo Acosta (Bertonati); Facturas emitidas por Bertonati a Conversiones San José año 2006; Cotización de insumos para fabricación de ambulancias efectuada por Bertonati a Conversiones San José con fecha 1 de septiembre de 2006 y correos electrónicos entre dichas empresas; Acta de adjudicación de Licitación N° 3326-462-LP06 de adquisición de vehículos para Carabineros de Chile; Informe y cuadro resumen de Gerardo Diez Montalvo; Cuadro que compara licitaciones de ambulancias N°s 621-701-LP06 y 621-982-LP06; Ficha Licitaciones Públicas N° 1761-132-LE06 y N° 2189-41-LP06; Presentación Power Point de 2 de febrero de 2007 publicada en sitio web de Cenabast.

8.1.2 A fojas 2686 y siguientes acompañó Certificado emitido por HLB Consaudit International Consultores Auditores Ltda relativo a la prestación de servicio de acondicionamiento – transformación de vehículos; 3 Certificados emitidos por HLB Consaudit International Consultores Auditores, relativos a precios de venta, costos y márgenes de las ambulancias 4x2, clínica dental móvil, y ambulancias 4x4.

8.2 En cuanto a la prueba testimonial:

(i) A fojas 1603 y siguientes declaró como testigo don Danilo Boris Acosta Lagos; y, (ii) A fojas 1624 y siguientes declaró como testigo don Yoni Ignacio Yap Pizarro;

9. La prueba documental y testimonial rendida por la parte de Conversiones San José, según se detalla a continuación:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

9.1 En cuanto la prueba documental:

A fojas 544 y siguientes acompañó al proceso antecedentes de las Licitaciones, documento denominado “Política de Calidad Conversiones San José S.A.”, documento denominado “referencia Clientes comprobables de algunos proyectos móviles desarrollados sobre vehículos Mercedes Benz Sprinter” emitido por Conversiones San José, set de fotografías de ambulancia, set de esquemas de diseño de las ambulancias, 26 órdenes de compra hechas a Conversiones San José durante el año 2009 por parte de instituciones públicas, 22 órdenes de compra hechas a Conversiones San José durante el año 2008 por parte de instituciones públicas, 6 folletos publicitarios de Conversiones San José, 4 copias de recortes de prensa, recorte de prensa de 23 de mayo de 2006;

9.2 En cuanto a la prueba testimonial:

A fojas 1654 y siguientes declaró como testigo doña María Jacqueline Falco Pérez;

10. La prueba documental y testimonial rendida por la parte de Comercial Kaufmann S.A., según a continuación se detalla.

10.1 En cuanto a la prueba documental:

10.1.1 A fojas 398 y siguientes acompañó al proceso Dictámenes de la Contraloría General de la República, doctrina procesal y Jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema.

10.1.2 A fojas 790 y siguientes acompañó al proceso Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Excma. Corte Suprema.

10.1.3 A fojas 1319 y siguientes acompañó Información sobre los procesos de licitación materia de este requerimiento; Listado general de Licitaciones ChileCompra entre los años 2006 y 2008; Listado de marcas de automóviles presentes en el mercado nacional obtenida en el sitio web www.anac.cl; Listado de marcas de camiones presentes en el mercado nacional obtenida en el sitio web www.anac.cl; Informe del Instituto Nacional de Estadísticas denominado “*Parque de Vehículos en Circulación 2006*”; Artículos y publicaciones de prensa relativos al vehículo Mercedes Benz, modelo Sprinter; Documento denominado “*Comparativo Técnico*” elaborado por el Centro de Entrenamiento de Comercial Kaufmann S.A.; Documento denominado “*Instrucciones para el Montaje de Superestructuras Vehículos Sprinter*”, elaborado por DaimlerChrysler Argentina; Folleto Comercial Kaufmann S.A.; Documento denominado “*Informe de Disponibilidad de Respuestas*” Para el vehículo Mercedes Benz modelo Sprinter; Documento denominado “*Informe de Stock*” de vehículos Mercedes Benz modelo Sprinter de que disponía Comercial Kaufmann entre el 31 de diciembre de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2005 y el 31 de diciembre de 2006 y sus respectivas declaraciones de ingreso ya agregadas con anterioridad según consta a fojas 111; Contrato Marco de Compraventa de Vehículos celebrado entre Comercial Kaufmann y Conversiones San José el 5 de octubre de 2006; Facturas emitidas por Comercial Kaufmann S.A. a Grisolía y Cía Ltda durante los años 2005, 2006, 2007 y 2008; Protocolización de la sección correspondiente a Distribuidora de Productos Médicos S.A. (Dipromed) en el portal de negocios www.kompass.cl; Protocolización de la sección correspondiente a Dipromed en el portal www.websalud.cl; Página web de Dipromed.

10.1.4 A fojas 2608 y siguientes acompañó Sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema en proceso rol 4304-2009; Reportaje denominado *“Ministerio de Salud prepara severos cambios en Cenabast”*; Informe de la CGR N° 11/09 denominado *“Informe final Central de Abastecimientos del Sistema Nacional de Servicios de Salud”*; Artículos de prensa relativos a Cenabast; Dictámenes de la CGR números 032746N09, 005473N09, 016142N10 y 016144N10; Listado proporcionado por ANAC referido a los oferentes de vehículos susceptibles de ser transformados en ambulancias y clínicas dentales móviles en Chile; Artículo de prensa titulado *“Ventas de vehículos crecen 8,7% a mayo y llegarán cuatro nuevas marcas chinas”*; Copia de acción de impugnación deducida por Comercial Kaufmann S.A. ante el Tribunal de Contratación Pública el 12 de mayo de 2009 y del escrito de contestación del Gobierno Regional Metropolitano de 3 de junio de 2009; Copia del expediente rol 27.652-2007 del 26° Juzgado Civil de Santiago y Carta enviada por Dipromed a Comercial Kaufmann S.A.

10.2 En cuanto a la prueba testimonial:

(i) A fojas 1325 bis dos y siguientes declaró como testigo don Eneas Grisolía Corbatón; (ii) A fojas 2030 declaró como testigo don Patricio Javier Galleguillos Soza; (iii) A fojas 2034 declaró como testigo don Daniel Núñez Palma; (iv) A fojas 2082 declaró como testigo don Hugo Samuel Tapia Lillo; y, (v) A fojas 2087 declaró como testigo don Mario Andrés Soto Gorgerino;

11 La prueba documental y testimonial rendida por la parte de Kaufmann S.A. Vehículos Motorizados, según se detalla a continuación:

11.1 En cuanto a la prueba documental:

11.1. A fojas 103 y siguientes acompañó Estatutos sociales, Informe de Ernst & Young de 21 de agosto de 2008; Oficios a la FNE y sus respectivas respuestas; información de Dicom respecto de Comercial Kaufmann; fichas de ventas, facturas y ofertas de stock.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

11.1.2 A fojas 2191 y siguientes acompañó reportaje denominado “*La huella de los inmigrantes en Chile*” publicado en el sitio web del Diario El Mercurio.

11.2 En cuanto a la prueba testimonial:

A fojas 1958 y siguientes declaró como testigo don Juan Pablo Hess Iensen;

12. Los informes presentados por las partes, que a continuación se detallan:

12.1 A fojas 163 y siguientes, la parte de San José acompañó Informe en Derecho del Profesor Dr. Raúl Núñez Ojeda relativo a la regulación en Chile de las modificaciones a la demanda.

12.2 A fojas 790 y siguientes, la parte de Kaufmann S.A. acompañó Informe en Derecho del Profesor René Abeliuk Manasevich que trata sobre la prescripción en el requerimiento de autos; y,

12.3 A fojas 2753 y siguientes, la Fiscalía Nacional Económica acompañó al proceso Informe en Derecho de don Ramón Domínguez Aguila;

13. Las observaciones a la prueba hechas presente, (i) a fojas 2129, con fecha 5 de junio de 2010, por la parte de Bertonati; (ii) a fojas 2191, con fecha 20 de julio de 2010, por la parte de Kaufmann S.A. Vehículos Motorizados; (iii) a fojas 2608, con fecha 3 de septiembre de 2010, por la parte de Comercial Kaufmann S.A.; (iv) a fojas 2698, con fecha 24 de septiembre de 2010, por la parte de Conversiones San José Ltda.; y, (v) a fojas 2816, con fecha 24 de septiembre de 2010, por la Fiscalía Nacional Económica;

14. La resolución que, a fojas 2174 y con fecha 23 de junio de 2010, ordenó traer los autos en relación y fijó la vista de la causa para la audiencia del día miércoles 4 de agosto de 2010. La vista de la causa se llevó a cabo en definitiva con fecha 6 de octubre de 2010, atendidas las suspensiones presentadas por las partes, y conforme lo ordenado a fojas 2683, alegando los apoderados de las partes.

15. Las minutas de alegato que, en copia, dejaron los apoderados de Bertonati, Kaufmann S.A., KVM, San José y la Fiscalía Nacional Económica tras sus alegatos, las que rolan a fojas 2888, 2890, 2891 y 2892 respectivamente;

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LAS TACHAS:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Primero. Que a fojas 1351 y siguientes, Bertonati formuló tacha respecto del testigo señor José Miguel Moreno Charme, presentado por la Fiscalía Nacional Económica, invocando la causal establecida en el número 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, atendido que el testigo habría prestado servicios remunerados a la Cenabast para la elaboración de bases de licitación y haber asesorado a dicha entidad en las licitaciones que Bertonati denomina “fracasadas”. En su contestando del traslado conferido, la Fiscalía Nacional Económica solicitó su rechazo, con costas, atendido que: (i) el testigo fue contratado para apoyar a Cenabast en una licitación distinta a aquellas objeto de reproche, (ii) el testigo fue presentado al primer punto de prueba y no al segundo; (iii) que el testigo carece de interés patrimonial en el juicio;

Segundo. Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha deducida, ésta será rechazada, por cuanto de los dichos del testigo no se desprende de manera alguna un interés de naturaleza patrimonial en el resultado del juicio. Enfrentado a la pregunta, el testigo afirmó categóricamente no tener ningún interés en el resultado del juicio.

Tercero. Que a fojas 1364 y siguientes, Bertonati formuló tacha respecto del testigo señor Jaime Junyent Ruiz, presentado por la Fiscalía Nacional Económica, invocando la causal establecida en el número 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, atendido que el testigo ha prestado servicios para Cenabast desde el año 2005, en el cargo de Jefe de Asesoría Jurídica trabajando directamente en la elaboración de las licitaciones que Bertonati denomina “fracasadas”. Al contestar el traslado conferido, la Fiscalía Nacional Económica solicitó su rechazo, con costas, atendido que: (i) Cenabast tuvo una participación secundaria en las licitaciones que Bertonati denomina “fracasadas”, ya que tales procesos licitatorios eran de responsabilidad del Ministerio de Salud, (ii) el testigo no tuvo participación en la redacción de las bases de las referidas licitaciones; (iii) que el testigo carece de interés patrimonial en el juicio;

Cuarto. Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha deducida, ésta será rechazada, por cuanto de los dichos del testigo no se desprende de manera alguna un interés de naturaleza patrimonial en el resultado del juicio. Enfrentado a la pregunta, el testigo afirmó categóricamente no tener ningún interés en el resultado del juicio;

Quinto. Que a fojas 1496 y siguientes, Bertonati formuló tacha respecto del testigo señor Pablo Zuñiga Rodríguez, presentado por la Fiscalía Nacional Económica, invocando la causal establecida en el número 6 del artículo 358 del Código de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Procedimiento Civil, atendido que el testigo trabaja en la empresa Dipromed S.A. desde el año 2000, resultando en su opinión, evidente el interés del testigo en que se condene a las requeridas de autos, pues dicha condena podría eventualmente eliminar actores del mercado o bien mermarlos fuertemente con el consiguiente beneficio para su empleador. En su contestación del traslado conferido, la Fiscalía Nacional Económica solicitó su rechazo, con costas, atendido que: (i) no se desprende de los dichos del testigo como tampoco del escrito en que Bertonati fundamenta la tacha, la relación entre una futura sentencia condenatoria y el beneficio económico o pecuniario para el testigo de naturaleza tal que le reste imparcialidad a su testimonio, (ii) el testigo no tiene vínculo laboral ni económico con la Fiscalía Nacional Económica ni con las requeridas, (iii) se trata de un testigo muy calificado por cuanto es el gerente general de uno de los actores del mercado de la conversión de vehículos en clínicas dentales móviles.

Sexto. Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha deducida, ésta será rechazada, por cuanto de los dichos del testigo no se desprende de manera alguna un interés de naturaleza patrimonial en el resultado del juicio. Por otra parte el testigo afirmó categóricamente no tener ningún interés en el resultado del juicio, transformándose la fundamentación de la tacha por parte de Bertonati en una conjetura sin fundamento alguno;

Séptimo. Que a fojas 1556 y siguientes, Bertonati formuló tacha respecto del testigo señor Patricio Hernán Apablaza Arévalo, presentado por la Fiscalía Nacional Económica, invocando la causal establecida en el número 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, atendido que (i) el testigo trabaja desde el año 2008 en el Ministerio de Salud, (ii) habría participado en algunas de las licitaciones que la incidentista denomina como “fracasadas” y (iii) sólo la condena de Bertonati salvaría el prestigio profesional de ciertos funcionarios del Ministerio de Salud, entre ellos, el testigo. Al contestar el traslado conferido, la Fiscalía Nacional Económica solicitó su rechazo, con costas, atendido que: (i) el testigo carece de interés de índole patrimonial en el resultado del juicio, (ii) es imposible para la Fiscalía Nacional Económica comprender la relación entre una eventual condena en este proceso y el interés pecuniario del testigo, (iii) el testigo no tiene vínculo laboral ni económico con ninguna de las partes del juicio;

Octavo. Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha deducida, ésta será rechazada, por cuanto de los dichos del testigo no se desprende de manera alguna un interés de naturaleza patrimonial en el resultado del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

juicio. Por lo demás el hecho de prestar servicios para el Ministerio de Salud, no le resta independencia e imparcialidad necesarias para prestar testimonio en un juicio en que su empleador no es parte;

Noveno. Que a fojas 1531 y siguientes, Bertonati formuló tacha respecto del testigo señor Miguel Ángel Parra Durán, cuya declaración fue decretada conforme al artículo 22 inciso segundo parte final del D.L. 211, invocando la causal establecida en el número 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, atendido que el testigo tendría interés en que se condene a las requeridas desde que dicha condena sino elimina a los actuales actores del mercado de las clínicas dentales móviles, al menos lo merma fuertemente, con el consiguiente beneficio para Dipromed, empresa para la cual presta servicios el testigo. En su contestación del traslado conferido, la Fiscalía Nacional Económica solicitó su rechazo, con costas, atendido que: (i) no es efectivo que el solo hecho que Dipromed S.A. sea competidora de las requeridas en el mercado de las clínicas dentales, sea una razón suficiente para vislumbrar un interés en el juicio por parte del testigo, (ii) el testigo carece de interés pecuniario en el resultado del juicio, (iii) no se concluye de los dichos del testigo ni del escrito de fundamentación de la tacha, la relación que existiría entre la participación de mercado que podrían perder las requeridas producto de recibir una sanción justa y el beneficio que podría obtener el testigo y (iv) el testigo no tiene vínculos laborales ni económicos con la Fiscalía Nacional Económica ni con las requeridas;

Décimo. Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha deducida, ésta será rechazada, por cuanto de los dichos del testigo no se desprende de manera alguna un interés de naturaleza patrimonial en el resultado del juicio. El testigo afirmó no tener interés de ninguna especie en el resultado del juicio. A mayor abundamiento no puede interpretarse a priori que el vínculo que lo liga con Dipromed S.A. le reste imparcialidad a sus dichos;

Undécimo. Que a fojas 1624 y siguientes, la Fiscalía Nacional Económica formuló tacha respecto del testigo señor Yoni Ignacio Yap Pizarro, presentado por Bertonati, invocando la causal establecida en el número 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, atendido que el testigo compareció en su calidad de trabajador dependiente de la empresa que presta servicios esenciales para el funcionamiento de Bertonati, en la cual además, prestó servicios al tiempo de los hechos objeto del requerimiento. Por lo anterior opina la incidentista que el interés del testigo se configura en la especie por querer mantener su fuente de ingresos en relación con la requerida, lo que le resta imparcialidad. Al contestar el traslado conferido, Bertonati

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

solicitó su rechazo, atendido que la incidentista no ha fundado suficientemente la causal, no ha probado el interés directo o indirecto y en atención a que la declaración del testigo es fundamental pues participó en la confección de las ofertas relativas a los procesos licitatorios;

Duodécimo. Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha deducida, ésta será rechazada, por cuanto de los dichos del testigo no se desprende de manera alguna un interés de naturaleza patrimonial en el resultado del juicio. Sin perjuicio de lo anterior, debe hacerse presente que la calidad de ex empleado del testigo de una de las requeridas, podría eventualmente privarlo de independencia mas no necesariamente de imparcialidad;

EN CUANTO A LA PRESCRIPCIÓN:

Decimotercero. Que, inicialmente, es preciso referirse a las alegaciones y excepciones de prescripción presentadas por las requeridas;

Decimocuarto. Que, al respecto, la requerida Conversiones San José ha señalado que, de haber cometido alguna de las conductas que se le imputan, ésta sería sobre hechos que ocurrieron con anterioridad al 14 de julio de 2006, día en el que se llevó a cabo una reunión en el Ministerio de Salud, encontrándose en consecuencia prescrita la acción en su respecto, toda vez que habría sido notificada del requerimiento con fecha 5 de agosto de 2008. Por otro lado, Bertoni fundó su excepción de prescripción en la circunstancia de haber transcurrido más de dos años entre la fecha en la que se le notificó el requerimiento -8 de octubre de 2008- y el día en que, según afirma, habría cesado la ejecución de las conductas que se le imputan, fijando esta última fecha el 5 de septiembre de 2006, pues en ese día se presentaron las ofertas de los participantes y se cerraron las licitaciones públicas de autos. Por su parte, Comercial Kaufmann S.A. ha señalado que, en el evento de existir por su parte alguna conducta reprochable, ésta necesariamente debió ocurrir antes del 31 de agosto de 2006, fecha en la que se le imputa la negativa de venta a Grisolia y Dipromed o, en el peor de los casos, antes del 5 de septiembre de 2006, es decir, del momento en que los oferentes presentaron sus ofertas en las referidas licitaciones, todo lo cual ocurrió con más de dos años de anticipación a la fecha de notificación del requerimiento, que en su caso también fija en el día 8 de octubre de 2008. Por último, KVM también alegó expresamente, a fojas 195, la prescripción de la acción de la Fiscalía;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimoquinto. Que la Fiscalía Nacional Económica, en cambio, ha sostenido, tanto en su escrito de fojas 2816 como en estrados, que la acción no se encuentra prescrita, toda vez que el cese de la ejecución de las conductas requeridas debe establecerse el día en que el Fisco de Chile recibió final y materialmente las ambulancias objeto de las licitaciones de autos, y en caso alguno en la o las fechas indicadas por las requeridas. De esta forma, el cómputo del plazo de prescripción debe iniciarse, según la Fiscalía y en el peor de los casos, el día 26 de enero de 2007, fecha en la que se adjudicó finalmente el contrato de suministro de las ambulancias en cuestión. Funda además esta modalidad de cómputo en la circunstancia de no haber cesado los efectos de la conducta sino hasta el día en que se llamó nuevamente a licitación, esto es, el 24 de noviembre de 2006, tal como indica en el informe en derecho de fojas 2723 que acompaña en respaldo de sus argumentos;

Decimosexto. Que debe tenerse presente además que, cualquiera que sea la época que se atribuya a tales hechos de acuerdo con las diversas interpretaciones anteriores, éstos habrían ocurrido bajo el imperio del texto entonces vigente del Decreto Ley N° 211, cuyo artículo 20, inciso 3º, establecía como plazo de prescripción –incluso para casos de colusión, como sería el de autos- el de dos años, contado desde la ejecución de las conductas que se imputan a las requeridas, y declaraba además que dicha prescripción se interrumpía por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante este Tribunal;

Decimoséptimo. Que, por otra parte, también debe tenerse presente que existe jurisprudencia reiterada de este Tribunal, en cuanto a que ese plazo de dos años debe contarse desde que concluyen o cesan los actos materiales que constituyen la conducta reprochada, debiendo a continuación establecerse si, antes de vencido dicho término, se interrumpió o no la prescripción mediante la notificación del requerimiento correspondiente, pues es en esta última fecha en la que se debe entender como trabada la *litis*. Así ha sido decidido, por ejemplo, en las sentencias números 57/2010, de fecha 12 de julio de 2007; 59/2010 de fecha 9 de octubre de 2007 y 75/2008 de fecha 30 de septiembre de 2008;

Decimoctavo. Que de todo lo anterior se desprende que es tarea de este Tribunal dilucidar en primer término cuál habría sido la fecha en que concluyó o cesó la ejecución material de las conductas en cuestión para, seguidamente, establecer las fechas en que se debe entender válidamente notificado el requerimiento a las distintas requeridas de autos;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimonoveno. Que el requerimiento de la Fiscalía imputa a Bertonati y a San José, en lo esencial, haberse coludido para repartirse el mercado de provisión de ambulancias y clínicas dentales móviles al sistema público de salud, con ocasión del llamado a dos licitaciones convocadas al efecto por la autoridad respectiva, esto es, las licitaciones públicas números 621-701-LP06 y 621-702-LP06. Todo ello, con la participación y auxilio de Comercial Kaufmann S.A. o de KVM, quien le habría negado a competidores de Bertonati y de San José la entrega de vehículos marca Mercedes Benz que serían necesarios para poder armar las ambulancias requeridas por las bases de licitación. Se trataría, en suma, de un caso de colusión en licitaciones (*bid rigging*, en la terminología anglosajona), en este caso públicas, que consistiría en negociar y acordar la forma y los montos en que San José y Bertonati –asistidos por Comercial Kaufmann S.A. o por KVM- presentarían sus respectivas ofertas a ambas licitaciones, fruto de lo cual ambas resultarían como adjudicatarias en dichos procesos, excluyendo así a sus competidores;

Vigésimo. Que de lo anterior resulta evidente que los actos materiales necesarios para poder llevar adelante la conducta descrita no serían otros que los conducentes a presentar en ambas licitaciones ofertas previamente acordadas entre San José y Bertonati, con la tranquilidad además de saber que sus actuales o potenciales competidores no podrían presentarse –o no podrían hacerlo en condiciones de costos que les permitieran hacerse de los contratos licitados- por el hecho de no haber podido éstos adquirir los vehículos necesarios, al habérselos negado Comercial Kaufmann S.A. o KVM. En otros términos, los actos materiales de la conducta son necesaria y exclusivamente actos que debieron ejecutarse con anterioridad a la fecha de presentación de las ofertas a ambas licitaciones, o a más tardar hasta el día mismo en que éstas se presentaron, toda vez que, después de esa fecha, sólo cabía a las supuestamente coludidas esperar a que la autoridad diera a conocer el resultado de la licitación, sin que los actos materiales de ejecución o las conversaciones que pudieren haber sostenido las requeridas al respecto con posterioridad a ese momento hayan podido tener alguna utilidad o sentido. Por definición, en los casos de colusión en licitaciones individuales y no sucesivas –esto es, en licitaciones a las que se llama por una sola vez, sin que se espere otra u otras licitaciones para continuar proveyendo el mismo bien o producto u otros similares en el corto o mediano plazo- los actos que la componen se agotan y cesan con la presentación de las ofertas, debiendo entonces entenderse por ejecutada la conducta precisamente en ese momento, y no con posterioridad al mismo;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo primero. Que, al respecto, las licitaciones *sub-lite* revisten el carácter de únicas y no repetidas en el tiempo, toda vez que, tal como consta a fojas 2, 86 y 139 de autos, conforman un proceso de adquisición de vehículos para los servicios de salud de gran magnitud, excepcional, y cuya repetición no era probable en un período razonablemente corto, por lo que no es dable esperar que la colusión haya podido adoptar una dinámica de reparto de licitaciones sucesivas y continuar más allá de la fecha de presentación de las ofertas. A mayor abundamiento, debe tenerse presente que los hechos requeridos se refieren únicamente a estas dos licitaciones –las que, debe recordarse, se hicieron de manera conjunta y coetánea- y no a un patrón colusivo que implique o se extienda a otras licitaciones cercanas y sucesivas referidas al mismo objeto o materia;

Vigésimo segundo. Que, así las cosas, en el caso de autos la fecha de presentación de las ofertas de Bertonati y San José fue el día 5 de septiembre de 2006, tal como consta indubitadamente en autos y no ha sido controvertido por las partes, por lo que es a partir de esta fecha que debe contarse el plazo de prescripción de dos años;

Vigésimo tercero. Que, por otra parte, respecto de Comercial Kaufmann S.A. o de KVM, su conducta facilitadora de la colusión habría ocurrido con fecha 31 de agosto de 2006 -al negársele ese día la provisión de vehículos a Dipromed y a Grisolía, tal como la misma Comercial Kaufmann S.A. señala en su contestación del requerimiento-, pero su ejecución se habría realizado en función de los intereses de Bertonati y San José, con el propósito de que otros competidores no tuvieran oportunidad de adjudicarse las licitaciones en cuestión; entorpecimiento que se mantuvo en ejecución también hasta la fecha de presentación de las ofertas, esto es, hasta el referido día 5 de septiembre de 2006;

Vigésimo cuarto. Que, en consecuencia, a juicio de este Tribunal las acciones para perseguir las conductas que se imputan en autos a San José, a Bertonati, a Comercial Kaufmann S.A. y a KVM, prescribían el día 5 de septiembre de 2008;

Vigésimo quinto. Que así establecido lo anterior, corresponde ahora identificar las fechas en las que se habría interrumpido la prescripción -en caso de aún estar corriendo su plazo- para cada una de las requeridas, habida cuenta de las fechas específicas en las que se les notificó el requerimiento;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo sexto. Que, al respecto, cabe mencionar que la Fiscalía solicitó ampliar el requerimiento original de autos, tal como consta a fojas 114, a fin de hacerlo extensivo a la sociedad Comercial Kaufmann S.A., a lo que el Tribunal accedió a fojas 162. En consecuencia y dado que en aplicación del artículo 261, inciso 2º, del Código de Procedimiento Civil, las modificaciones a la demanda deben considerarse como una demanda nueva para los efectos de su notificación y que el plazo para contestar debe correr sólo desde la fecha en que dicha nueva notificación se practique, forzoso es concluir que la notificación válida para el cómputo de la prescripción es la del requerimiento ampliado de la manera antes señalada, y no la de notificación del requerimiento original, toda vez que es aquélla la que produce el efecto de interrumpir la prescripción, y no esta última;

Vigésimo séptimo. Que consta en autos los estampados correspondientes a las notificaciones de la ampliación del requerimiento, en las siguientes fechas: (i) el día 16 de septiembre de 2008, por cédula, a San José, a Bertonati y a KVM; y (ii) el día 8 de octubre de 2008, personalmente, a la parte de Comercial Kaufmann S.A.. De lo anterior resulta evidente que, en ambas fechas, la acción de que disponía la Fiscalía para perseguir las presuntas responsabilidades de las tres requeridas se encontraba ya prescrita respecto de cada una de ellas, por haberse cumplido el plazo legal de dos años –como ya se dijo- el día 5 de septiembre de 2008;

Vigésimo octavo. Que, en consecuencia, la prescripción antes referida se ha producido en la especie y debe por tanto ser así declarada, por lo que este Tribunal acogerá en lo resolutivo las excepciones correspondientes presentadas por las requeridas;

Vigésimo noveno. Que en virtud de lo anteriormente considerado, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 170 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, este Tribunal no se pronunciará acerca de las restantes acciones y excepciones que se hicieron valer en autos, toda vez que la resolución de esas materias es incompatible con la aceptación de las excepciones de prescripción alegadas en autos;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, 3º, 19 y 20 del Decreto Ley N° 211; y 261 inciso 2º y 170 N° 6 del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

I. **Rechazar** las tachas formuladas a fojas 1351, 1364, 1496, 1531, 1556 y 1624, fundadas en la causal establecida en el número 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil; y,

II. **Acoger** las excepciones de prescripción opuestas por Conversiones San José Limitada, Bertoni Vehículos Especiales Limitada, Kaufmann S.A. Vehículos Motorizados y Comercial Kaufmann S.A., declarándose en consecuencia prescrita la acción en su respecto, por lo que se rechaza el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica de fojas 1 y siguientes, sin costas, por haber tenido motivo plausible para litigar.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C N°163-2008

Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Julio Peña Torres y Sr. Javier Velozo Alcaide. Autorizada por la Secretaria Abogado Subrogante Srta. Constanza Bollmann Schele.