

# Licitaciones y libre competencia: ¿está funcionando el sistema actual?

La Tercera|Pulso

El cuestionamiento sobre los procedimientos de contratación de compras a través de licitaciones de cara a sus efectos para la libre competencia, concurrencia e inclusive corrupción, ha estado en la palestra por años. Ello, pues si bien los procesos de licitación tienen por objeto alcanzar el menor precio posible, como trade-off, modifican el momento en que se produce la competencia. Se trata entonces de una competencia por el mercado en lugar de en el mercado. Una materia que no es menor si consideramos que la OCDE estima que, en general, el gasto promedio estatal en licitaciones en sus países miembros es alrededor del 15% del PIB.

Considerando entonces lo relevantes que son los procesos de licitación, es imprescindible que en ellos se aseguren condiciones mínimas de rivalidad y se tomen resguardos para evitar colusiones entre partícipes; prevenir que las bases permitan la explotación de una posición dominante una vez adjudicada y evitar que se establezcan barreras a la entrada innecesarias, por ejemplo, a través de requisitos injustificados o discriminatorios.

¿Cómo se asegura esto en nuestro país? Actualmente, existen guías sobre mejores prácticas en esos procesos e inclusive la FNE realiza capacitaciones a ChileCompras. Sin embargo, aún habiendo directrices aparentemente claras, existen casos que ponen en cuestionamiento la efectividad del sistema actual. Así lo revelan casos de colusión conocidos por el TDLC, como "Asfaltos" en la sentencia 148/2015 y "Ampollas" en la sentencia 172/2020. Y los extensos pronunciamientos en relación a los requisitos necesarios en los procesos de licitaciones, como en el caso "Registro Civil" (sentencia 132/2013) y el reciente pronunciamiento en la consulta de "Terminal de Viña" (resolución 63/2021).

Si tenemos guías de mejores prácticas, compliance, capacitaciones y aplicación de sanciones ejemplificadoras a quienes se coluden en el contexto de una licitación (bid rigging), la pregunta entonces es ¿en qué está fallando el sistema? y ¿cómo se puede asegurar certeza de manera expedita sobre la adecuación de las bases de licitación a la libre competencia?

La respuesta es que no basta con ponerlo en un papel ni capacitar con cierta regularidad a empresas y órganos del Estado. Sería necesario, por tanto, que la FNE se involucrase en el procedimiento de licitación, como una especie de aprobación previa semejante al control de fusiones, pese a que cabría preguntarse si ella cuenta con la capacidad para involucrarse y atender a otros intereses (sectoriales) distintos de la libre competencia en el diseño. Otra alternativa sería que la ley, recogiese con mayor exactitud los requisitos de libre competencia que se deben cumplir en el diseño de las bases de licitación, lo que permitiría un mayor apego a los mismos a cambio de menor flexibilidad. Por último existe la posibilidad de que las empresas y organizaciones públicas incorporasen la figura de un encargado de compliance de libre competencia (procurement officials, como los llama la OCDE), capaz de realizar un análisis casuístico y ponerse en contacto con la FNE de ser necesario.

En cualquiera de estos casos, la solución implica un cambio que no necesariamente se traduce en mayores guías, sino en profundizar su implementación.

## Pie de Página

DANIELA SERVIN Y SOFÍA O'RYAN- Daniela Severín y Sofía O 'Ryan, son abogadas de la Red ProCompetencia-

13/05/2021

**Pais:** Chile

**Fecha:** 13/05/2021

**Sección:** Suplemento - Punto de Vista

**Tipo:** escrita

**Página(s):** 9

**Centimetrage:** 29x11

## Pie de Imagen



**SIGUE ►►**

der), Cencosud (Jumbo y Santa Isabel) y SMU (Unimarc) en la venta de carne de pollo fresca se provocara "daño a los consumidores". Por lo mismo, -dijo el holding- "no puede haber lugar a indemnización alguna, si no hubo daño".

Bajo esa lógica explicó que "el ilícito anti-competitivo no consistió en un cartel duro para aumentar los precios, sino que en la mantención de un precio mínimo de venta que solo se habría relacionado con los precios promocionales de la carne de pollo fresca". De igual manera sostuvo que la infracción "no consistió en un acuerdo de fijación de precios de venta del pollo en los supermercados, a través las cuales Cencosud y los otros demandados acordaron un aumento del precio cobrado a los consumidores".

En el mismo escrito Cencosud acotó que la propia sentencia del TDLC reconoce que el ilícito "consistió en una restricción vertical impuesta por los proveedores avícolas a las cadenas de supermercados para la mantención de un precio mínimo de reventa de carne de pollo fresco, que estos habrían acatado en el entendido que las demás cadenas también actuarían de la misma forma". A su juicio, la compañía no ha sido sancionada por acordar un aumento de los precios de venta de carne de pollo, sean estos precios promocionales o no, sino que de observar una "regla" para mantener un precio mínimo de venta.

"Los precios de venta del pollo fresco eran determinados de manera autónoma por cada cadena de supermercados demandada, y no en virtud de un acuerdo con los demás supermercados, con la excepción de que el precio no debía estar bajo el costo", añadió en un escrito que cuenta con 68 páginas. En efecto, Cencosud insistió en que finalmente la conducta sancionada no afectó a los precios regulares de la carne de pollo fresca, sino que sólo a los de carácter promocional.

Otro de los puntos clave en la contestación de la firma radica en que el propio máximo tribunal en su sentencia señaló que "no es posible conocer con certeza de qué manera las empresas habrían competido sin el acuerdo, esto es, cuál habría sido la mayor cantidad de precios promocionales que se habrían verificado sin el escenario colutorio y el grado de influencia que tendría la interdependencia entre la demanda del pollo fresco y la de otros productos, lo cual impide cifrar de manera precisa el beneficio económico obtenido producto del ilícito".

"La tesis del Sernac sobre los daños causados a los consumidores no pueden sino basarse en meras especulaciones o hipótesis sin una base empíricamente demostrable", explicó. Además, sostuvo que la "confusión del Sernac es evidente. Confunde un criterio para determinar la multa aplicable, con supuestos efectos económicos de la conducta", apunta Cencosud.

Frente a la contestación de la demanda, Sernac sostuvo a La Tercera: "Estamos analizando los alcances del escrito, pero para efec-

tos del proceso, nuestros argumentos se mantienen; se basan en elementos técnicos, y buscan que se compense a los consumidores que fueron afectados por la colusión de los supermercados en el mercado de los pollos ocurrida entre los años 2008 y 2011

**Hub and Spoke**

El origen del denominado caso Supermercados data de enero de 2016, cuando la Fiscalía Nacional Económica (FNE) presentó un requerimiento ante el TDLC acusando el acuerdo entre las cadenas para no vender carne de pollo fresca por debajo del precio de lista mayorista más IVA, lo que era coordinado a través de sus proveedores.

La FNE precisó en su presentación que las cadenas "adhirieron conscientemente a un esquema común que sustituyó los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas", con el objetivo de "regularizar el mercado" y "evitar guerras de precios".

Este mecanismo quedó al descubierto en el marco de la investigación realizada en el denominado "Caso Pollos", en el cual las avícolas Agrosuper, Ariztía y Don Pollo fueron condenadas en octubre de 2015 por la Corte Suprema a multas que totalizaron 74.000 UTA, equivalentes a más de US\$ 55 millones de la época.

En febrero de 2019, el TDLC acogió la demanda de la FNE en contra de Walmart, Cencosud y SMU por haber ejecutado un acuerdo o práctica concertada en el mercado de carne de pollo fresca, aplicándoles una multa total superior a \$8.000 millones de pesos, además de ordenar la implementación de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia. En su sentencia, el TDLC impuso una multa de 5.766 UTA a Cencosud, 3.438 UTA a SMU, y 4.743 UTA a Walmart. Respecto a esta última, el Tribunal estimó que contaba con un programa de cumplimiento y ética razonable, disminuyendo su sanción en un 15%.

Sin embargo, uno de los puntos más llamativos del fallo del tribunal estimó que la colusión de los supermercado podía estar sujeta al concepto del del tipo "hub and spoke". Se trata de una modalidad de cartel en la que son varios competidores que actúan de manera coordinada por medio de un proveedor o distribuidor común, por medio de restricciones verticales aparentes.

Posteriormente en abril de 2020, la Corte Suprema elevó en 120% las multas que aplicó el TDLC que originalmente sumaban US\$9,9 millones, pasando a US\$21,1 millones. En su sentencia, también el máximo tribunal del país cuestionó el atenuante que consideró el tribunal de primera instancia sobre la ejecución de planes de cumplimiento.

"Si bien corresponde destacar y promover la creación de directrices y planes tendientes a resguardar el cumplimiento de las normas sobre libre competencia al interior de las empresas, no es posible que estos sentencias apliquen como eximentes circunstancias que no están expresamente previstas por el legislador", señaló la sentencia. ●

**PUNTO DE VISTA**

# Licitaciones y libre competencia: ¿está funcionando el sistema actual?

-por DANIELA SERVIN Y SOFÍA O'RYAN-

El cuestionamiento sobre los procedimientos de contratación de compras a través de licitaciones de cara a sus efectos para la libre competencia, concurrencia e inclusive corrupción, ha estado en la palestra por años. Ello, pues si bien los procesos de licitación tienen por objeto alcanzar el menor precio posible, como trade-off, modifican el momento en que se produce la competencia. Se trata entonces de una competencia por el mercado en lugar de en el mercado. Una materia que no es menor si consideramos que la OCDE estima que, en general, el gasto promedio estatal en licitaciones en sus países miembros es alrededor del 15% del PIB.

Considerando entonces lo relevantes que son los procesos de licitación, es imprescindible que en ellos se aseguren condiciones mínimas de rivalidad y se tomen resguardos para evitar colusiones entre participantes; prevenir que las bases permitan la explotación de una posición dominante una vez adjudicada y evitar que se establezcan barreras a la entrada innecesarias, por ejemplo, a través de requisitos injustificados o discriminatorios.

¿Cómo se asegura esto en nuestro país? Actualmente, existen guías sobre mejores prácticas en esos procesos e inclusive la FNE realiza capacitaciones a ChileCompras. Sin embargo, aún habiendo directrices aparentemente claras, existen casos que ponen en cuestionamiento la efectividad del sistema actual. Así lo revelan casos de colusión conocidos por el TDLC, como "Asfaltos" en la sentencia 148/2015 y "Ampollas" en la sentencia 172/2020. Y los extensos pronunciamientos en relación a los requisitos necesarios en los procesos de licitaciones, como en el caso "Registro Civil" (sentencia 132/2013) y el reciente pronunciamiento en la con-

sulta de "Terminal de Viña" (resolución 63/2021).

Si tenemos guías de mejores prácticas, compliance, capacitaciones y aplicación de sanciones ejemplificadoras a quienes se coluden en el contexto de una licitación (bid rigging), la pregunta entonces es ¿en qué está fallando el sistema? y ¿cómo se puede asegurar certeza de manera expedita sobre la adecuación de las bases de licitación a la libre competencia?

La respuesta es que no basta con ponerlo en un papel ni capacitar con cierta regularidad a empresas y órganos del Estado. Sería necesario, por tanto, que la FNE se involucrase en el procedimiento de licitación, como una especie de aprobación previa semejante al control de fusiones, pese a que cabría preguntarse si ella cuenta con la capacidad para involucrarse y atender a otros intereses (sectoriales) distintos de la libre competencia en el diseño. Otra alternativa sería que la ley, recogiese con mayor exactitud los requisitos de libre competencia que se deben cumplir en el diseño de las bases de licitación, lo que permitiría un mayor apego a los mismos a cambio de menor flexibilidad. Por último existe la posibilidad de que las empresas y organizaciones públicas incorporasen la figura de un encargado de compliance de libre competencia (procurement officials, como los llama la OCDE), capaz de realizar un análisis casuístico y ponerse en contacto con la FNE de ser necesario.

En cualquiera de estos casos, la solución implica un cambio que no necesariamente se traduce en mayores guías, sino en profundizar su implementación.

*\*Daniela Severin y Sofía O'Ryan, son abogadas de la Red ProCompetencia*