

ANT.: Denuncia contra mecanismo
para fijar plazos en los
Convenios Marcos. Rol N°
2179-13 FNE.

MAT.: Minuta de Archivo.

Santiago, 30 MAY 2013

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES

Por la presente vía, informo al Sr. Fiscal acerca de la denuncia del antecedente, recomendando archivar sin instruir investigación, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES Y CONDUCTA DENUNCIADA

1. Con fecha 20 de diciembre de 2012 se recibió una denuncia a la página web de la Fiscalía Nacional Económica vía correo electrónico respecto de *“un mecanismo que el Estado establece para la compra o adquisiciones por parte de los organismos públicos”*, y en particular en lo referido a *“los plazos con que operan los Convenios Marco de ChileCompra, Mercado Publico y Chile Proveedores”*¹.
2. Señala la denuncia que en la normativa que regula los Convenios Marcos *“no se establece fehacientemente la forma como se determinarían los plazos de vigencia de los Convenios Marco”*. El denunciante afirma que su ***“empresa se ve afectada por la imposibilidad de comercializar sus productos y servicios en forma directa a las Municipalidades y Organismos Estatales, porque la categoría del Convenio Marco en lo referido a Libros, CD, DVD, Diarios, Revistas, Material Didáctico (licitación 2239-2-LP10) fue cerrada el 26 de Octubre de 2010 y tiene como plazo de***

¹ Denuncia vía correo electrónico.

vigencia 36 meses, vale decir, **en dicho periodo el Convenio Marco asegura la exclusividad de compra para aquellas empresas que lograron acreditarse, dejando fuera a cualquier nueva empresa que quiera entrar a competir en ese rubro**, esto último significa que no habrá un nuevo periodo de postulación hasta finales del 2013 o principios del 2014” (énfasis agregado).

3. Finaliza señalando que “[e]stos plazos arbitrarios atentan contra la libre competencia y al acceso por parte de los proveedores u oferentes al mecanismo más utilizado por los organismos asociados a Chile Proveedores, Mercado Publico y Chile Compras, especialmente cuando se instruye por Ley a sus usuarios a comprar en primera instancia por Convenio Marco, dejando a todos los que no estamos dentro de uno sin posibilidades de ofrecer nuestros productos. Por los antecedentes antes señalados, es que le solicitamos investigue este tema y nos aconseje sobre pasos a seguir, ya que es un hecho que atenta contra la libre competencia en nuestro país” (énfasis agregado).

II. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

4. De conformidad al artículo 2 N° 14 del Decreto N° 250 que establece el Reglamento sobre la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (en adelante, “**El Reglamento**”), se entiende por Convenio Marco un “[p]rocedimiento de contratación realizado por la Dirección de Compras, para procurar el suministro directo de bienes y/o servicios a las Entidades, en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho convenio”.
5. Por su parte el artículo 14 establece que “Cada Entidad estará obligada a consultar el Catálogo² antes de proceder a llamar a una Licitación Pública, Licitación Privada o Trato o Contratación Directa. Si el Catálogo contiene el

² El Catálogo de Convenios Marco, es, de conformidad al artículo 2 N° 6 del Reglamento, la “[l]ista de bienes y/o servicios y sus correspondientes condiciones de contratación, previamente licitados y adjudicados por la Dirección y puestos, a través del Sistema de Información, a disposición de las Entidades”.

bien y/o servicio requerido, la Entidad deberá adquirirlo emitiendo directamente al Contratista respectivo una orden de compra, salvo que obtenga directamente condiciones más ventajosas en los términos referidos en el artículo 15 del presente Reglamento. Las órdenes de compra que se emitan en virtud del Catálogo, deberán ajustarse a las condiciones y beneficios pactados en el Convenio Marco y se emitirán a través del Sistema de Información”³.

6. Ahora bien, efectivamente como señala la denuncia, la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (en adelante, simplemente, “**Ley de Compras Públicas**”) y el Reglamento, dejan abierta la cuestión por la determinación del plazo de duración de los Convenios Marco, sin perjuicio de que ambos cuerpos normativos son claros en señalar que estos Convenios se regirán (incluido, por cierto, todo lo referido a los plazos de duración) por las respectivas Bases de Licitación, el contrato mismo de adjudicación y las normas contenidas en la Ley y el Reglamento⁴.

³ De igual modo, como se indica en el portal de Mercado Público, “[l]os convenios marco son una modalidad de licitación en la que se establecen precios y condiciones de compra para bienes y servicios, durante un período de tiempo definido. Éstos se disponen en un **Catálogo Electrónico de Productos y Servicios** para que los organismos públicos accedan a ellos directamente, **pudiendo emitir una orden de compra directamente a los proveedores pre-licitados, acortando los procesos de compra.**” (énfasis agregado). Los llamados a licitación son abiertos y pueden participar proveedores de todo el país. Los que obtienen los mejores puntajes, tienen el beneficio de incorporarse al catálogo de productos y servicios en convenio marco. Es frecuente que las licitaciones se adjudiquen a varios proveedores de un mismo rubro. Así la tienda virtual ofrece variedad de marcas, cobertura y competencia. ChileCompra Express es la tienda electrónica de ChileCompra donde se transan los productos que han sido licitados por Convenio Marco.

⁴ Al respecto, como se indica en el artículo 16 letra d) de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios que señala que “De oficio o a petición de uno o más organismos públicos, licitar bienes y servicios a través de la suscripción de convenios marco, los que estarán regulados en el reglamento de la presente ley. Respecto de los bienes y servicios objeto de dicho convenio marco, los organismos públicos afectos a las normas de esta ley estarán obligados a comprar bajo ese convenio, relacionándose directamente con el contratista adjudicado por la Dirección, salvo que, por su propia cuenta obtengan directamente condiciones más ventajosas. En este caso deberán mantener los respectivos antecedentes para su revisión y control posterior por parte de la correspondiente entidad fiscalizadora. Los organismos públicos que obtuvieren por su propia cuenta condiciones más ventajosas sobre bienes o servicios respecto de los cuales la Dirección de Compras y Contratación Pública mantiene Convenios Marco vigentes, deberán informar de tal circunstancia a la Dirección. Con esta información, la Dirección deberá adoptar las medidas necesarias para lograr la celebración de un convenio marco que permita extender tales condiciones al resto de los organismos públicos. La suscripción de convenios marco no será obligatoria para las municipalidades, sin perjuicio de que éstas, individual o colectivamente, puedan adherir voluntariamente a los mismos”.

7. Se debe analizar entonces si la Dirección de Compras tiene una posición de dominio en el mercado y si el mecanismo de Convenios Marco y su extensión por cierta cantidad de años pueden implicar barreras a la entrada al mercado.
8. Poniéndonos en la hipótesis que el Estado, a través de la Dirección de Compras Públicas, tuviera una posición dominante haciendo pertinente un análisis más pormenorizado del diseño en términos de libre competencia de los Convenios Marco y, en particular, en aquello referido a su plazo de duración, esto no podría implicar una barrera a la entrada que vulnere el Decreto Ley N° 211 (**DL 211**), porque:
- a. Los Convenios Marco no abarcan necesariamente a todos los demandantes que son parte de la administración del Estado⁵.
 - b. Varios demandantes que son parte de la administración del Estado, no tienen la obligación de consultar en primera instancia estos Convenios Marco⁶.
 - c. En caso que tengan esta obligación de consulta, también tienen posibilidades de optar por otros mecanismos de contratación pública.
9. Así, por lo pronto, independiente del Catálogo de los Convenios Marco, un oferente que se encuentre incorporado en el registro de proveedores de ChileCompra, puede participar por otras vías en la provisión de servicios a organismos públicos que no estén incorporado al Convenio Marco respectivo, a través de las Licitaciones Públicas, las Licitaciones Privadas y finalmente por medio de la Contratación Directa (regulados por la Ley y el Reglamento)⁷. Dicho de otro modo, cada Convenio Marco importa una plataforma de consulta privilegiada para los oferentes incorporados. Esa

⁵ *Infra*, párrafo 21 y ss.

⁶ Como se verá *Infra*, las municipalidades y las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, no tienen la obligación de suscribir estos Convenios Marco, de conformidad al artículo 8° inciso tercero del Reglamento.

⁷ Al respecto es importante recordar que, a pesar de que los Convenios Marco efectivamente configuran una plataforma privilegiada para los oferentes de los servicios incorporados en el respectivo convenio (pues los organismos públicos que se encuentran incorporados como demandantes de un Convenio Marco específico deben consultar el Catálogo antes de recurrir a una licitación pública u otro mecanismo contemplado en la Ley y el Reglamento para la provisión de los bienes y servicios), cada Convenio Marco respectivo no abarca todos los organismos públicos.

consulta privilegiada es una obligación respecto de los organismos de la administración del Estado que se encuentran comprendidos para el caso particular de un Convenio Marco respectivo. Sin embargo, no todos los organismos de la Administración del Estado están incorporados a un Convenio Marco respectivo. Así entonces, los oferentes que se encuentran inscritos en el registro de proveedores de ChileCompra pueden seguir participando en las ofertas de bienes y servicios a organismos que no estén comprendidos en un Convenio Marco respectivo⁸.

10. En seguida, las municipalidades se encuentran excluidas de la obligación de consultar primero a los Convenios Marco justamente porque respecto de aquellas no se establece la obligatoriedad de suscribir estos mecanismos de contratación⁹. Efectivamente, como indica el Artículo 8 del Reglamento, “[l]a suscripción de estos Convenios Marco **no será obligatoria para las Municipalidades** y las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, de acuerdo al artículo 30 letra d) incisos 3° y 4° de la Ley de Compras” (énfasis agregado). Lo anterior es aún más significativo teniendo en cuenta que los municipios representan cerca del 30% del monto total transado en el sistema de compras públicas para el año 2012¹⁰.
11. En tercer término, incluso los proveedores que queden fuera de un Convenio Marco específico **pueden seguir compitiendo por la provisión de los mismos servicios para los mismos organismos públicos contemplados en el referido Convenio Marco si ofrecen condiciones más ventajosas.**
12. Efectivamente, como lo señala el artículo 14 del Reglamento anteriormente citado, “*Los Convenios Marco vigentes se traducirán en un Catálogo, que contendrá una descripción de los bienes y servicios ofrecidos, sus*

⁸ De hecho, para el caso del Convenio Marco objeto de la denuncia, los organismos públicos incorporados al Catálogo comprendía sólo aquellos de la Región Metropolitana. Así, el denunciante puede seguir ofreciendo a los organismos públicos demandantes en otras regiones del país. Lo anterior consta en la ficha de la licitación N° 2239-2-LP10 en www.mercadopublico.cl [última visita, 13 de mayo de 2013].

⁹ Esto no hace más que reforzar lo afirmado en el párrafo anterior en el sentido que los Convenios Marco no agotan la demanda de los organismos de la administración del Estado.

¹⁰ De acuerdo a información del Boletín ChileCompra N°114 – Destacados que está disponible en http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=301&Itemid=419 [última visita 15 de marzo de 2013].

condiciones de contratación, y la individualización de los Proveedores a los que se les adjudicó el Convenio Marco. Cada Entidad estará obligada a consultar el Catálogo **antes de proceder a llamar a una Licitación Pública, Licitación Privada o Trato o Contratación Directa**. Si el Catálogo contiene el bien y/o servicio requerido, la Entidad deberá adquirirlo emitiendo directamente al Contratista respectivo una orden de compra, **salvo que obtenga directamente condiciones más ventajosas en los términos referidos en el artículo 15 del presente Reglamento**” (énfasis agregado).

13. De esta forma, el artículo 15 agrega que “[l]as condiciones más ventajosas deberán referirse a situaciones objetivas, demostrables y sustanciales para la Entidad, tales como, plazo de entrega, condiciones de garantías, calidad de los bienes y servicios, o bien, mejor relación costo beneficio del bien o servicio a adquirir. **En el evento que la Entidad obtenga condiciones más ventajosas respecto de un bien o servicio contenido en el Catálogo, deberá informarlo a la Dirección de Compras**, a través del canal que esta disponga. Las condiciones más ventajosas se podrán verificar a través de diversos mecanismos diferentes a la utilización del Sistema de Información, tales como: procesos de consulta a la industria, publicidad, listas de precios o catálogos públicos, entre otros. **En este caso, deberá efectuar sus Procesos de Compra conforme las reglas establecidas en la ley N° 19.886 y este Reglamento**, así como mantener los respectivos antecedentes para su revisión y control posterior” (énfasis agregado).

14. Así pues, el denunciante y **cualquier otro oferente** de servicios o bienes que no hayan podido quedar incorporados al Convenio Marco porque no participaron o porque quedaron fuera de bases, pueden **seguir participando como oferentes teniendo la posibilidad de competir con mejores ofertas que aquellas contenidas en los Convenios Marco**. Además, cada Convenio, en el contexto de aplicación de la referida disposición, debe someterse a la revisión de la Dirección de Compras y

Contrataciones Públicas, en particular si se corrobora la(s) mejor(es) oferta(as)¹¹.

- 15.Finalmente, respecto a la preocupación de plazos de 3 años de Convenios Marco, a partir de 2013¹², la licitación de convenios se realiza con una cláusula que permite volver a incorporar proveedores al Convenio Marco respectivo **cada 6 meses**. Es decir, la posibilidad contemplada en el artículo 15 antes citado ahora encuentra su correlato en una cláusula en cada Convenio.
- 16.Todo lo anterior se ve reflejado en diversos indicadores: En términos generales se puede apreciar la relevancia como modo de adquisición de los Convenios Marcos al analizar las órdenes de compra y montos facturados. Para el año 2012, del total de los montos transados por el Mercado Publico, el 83% correspondió a procesos licitatorios a través de la plataforma de licitaciones de ChileCompra mientras que solo un 17% corresponde a contrataciones por vía de ChileCompra Express, que es la plataforma electrónica de los Convenios Marco¹³. Lo anterior se observa en la Tabla N° 1.

Tabla N° 1

Indicador	Unidad	Año 2012
Órdenes de Compra Mercado Público	N°	2.123.011 (incluye convenios)
Monto Transado Mercado Público	USD\$	9.123.835.026 (incluye convenios)
Órdenes de Compra ChileCompra Express (Convenios Marco)	N°	656.553
Monto Transado ChileCompra Express (Convenios Marco)	USD\$	1.915.012.265

Fuente: Mercado Público 2013.

¹¹ Como se indica en la misma disposición, “[e]n el evento que la Entidad obtenga condiciones más ventajosas respecto de un bien o servicio contenido en el Catálogo, deberá informarlo a la Dirección de Compras, a través del canal que esta disponga” (énfasis agregado).

¹² De conformidad a información proporcionada a esta División por Mercado Publico con fecha 28 de marzo de 2013.

¹³ Al respecto, Balance de Gestión Integral de la Dirección de Compras Públicas, p. 7.

17. Adicionalmente, y como lo muestra la Tabla N° 2, en la propia plataforma de ChileCompra Express, un porcentaje relevante del presupuesto destinado en principio a los Convenios Marco, se han utilizado en cambio, para contrataciones vía ChileCompra u otro mecanismo distinto a ChileCompra Express (sobre el 40%).

Tabla N° 2

Indicador ChileCompra Express	Año 2009 (US\$)	2010 (US\$) Primer Trimestre
Montos en CM*	839.471.836	259.092.225
Montos fuera de CM	626.750.359	185.212.122
Órdenes de Compra en CM	385.699	77.479
Órdenes de Compra fuera de CM	523.463	95.103

Fuente: Consejo de Defensa del Estado en contestación a la demanda del Sr. Rossano Renzo Droghetti Lobos contra la Dirección de Compras y Contratación Pública Rol206/2010 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC).

*CM=Convenio Marco

18. Finalmente, sin perjuicio de que las razones anteriores podrían llevar a desestimar la pertinencia de la denuncia por sí sola¹⁴, se debe considerar también las eficiencias que este tipo de Convenios traen aparejado, en específico, los ahorros y eficiencias en tiempo y recursos (costos de transacción)¹⁵.

¹⁴ Al modo como hiciera el TDLC en Sentencia N° 114/2011. Señaló en sus considerandos Trigésimo cuarto y siguientes que **“no existiendo poder de la demandada en el mercado relevante, tampoco puede haber cometido abusos de dicho poder de mercado susceptibles de ser sancionados en esta sede; Trigésimo quinto: Que, por lo tanto y sin perjuicio de que la protección de bienes jurídicos ajenos a la misión de este Tribunal, como es el resguardo de la adecuada inversión de los fondos públicos, fundamentan la obligación especial que asiste al Estado de promover la máxima competencia en los actos de contratación de los organismos públicos, el incumplimiento de dicha obligación de promoción no debería asimilarse necesariamente a una infracción al artículo 3° del Decreto Ley N° 211 cuando, como ocurre en la especie, el Estado no tiene poder de mercado del que pueda abusar; Trigésimo sexto: Que, en virtud de lo anterior, este Tribunal no procederá en este caso a analizar en detalle si existía o no un mecanismo de adquisición o criterios de selección de proveedores que asegurasen menores precios o condiciones de compra para las entidades públicas, limitándose a rechazar la demanda en todas sus partes al no concurrir en la especie el primero de los requisitos que deben concurrir para establecer la existencia de un abuso de posición dominante en los términos que exige el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, esto es, la existencia de un poder de mercado que habilite a su titular para abusar del mismo...”**.

¹⁵ En efecto, no hay que olvidar que hay una reducción de costos administrativos para todas las instituciones que ocupan el Convenio, debido a que no realizan licitaciones. De igual manera, la adquisición a través de este mecanismo involucra factores de *accountability* e integridad, que deben ser valorados. Para un análisis pormenorizado de las ventajas del diseño del Convenio Marco como esquema de contratación pública, ver Informe del BID y el Gobierno de Chile denominado “Evaluación del “Sistema Nacional de Compras y Contrataciones Públicas” (2008), disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35144211>. [última visita

19. Ahora bien, la materia de la denuncia fue objeto de una demanda contra la Dirección de Compras por un Convenio Marco, también de 3 años, ante el TDLC que finalizó en la Sentencia N° 114/2011, que la rechazó en razón de considerar que el Estado, por medio de la Dirección de Compras, **no tenía poder de mercado suficiente en relación a las agencias de publicidad** (demandante).
20. En este caso el razonamiento es similar, porque el mercado de los Libros, CDs, DVDs, Diarios, Revistas, Material Didáctico (la empresa a quien representa el denunciante provee estos materiales¹⁶), no tiene por único demandante a los organismos públicos sujetos al sistemas de compras públicas, y, para el caso particular, los organismos comprendidos en el Convenio Marco N° 2239-2-LP10, justamente porque el mercado es respecto tanto de instituciones de educación públicas, privadas y de provisión mixta (excluida en ciertas circunstancias de las exigencias de ChileCompra) por lo que *a priori* el Estado no tiene una posición de dominio.
21. Respecto de lo anterior, ChileCompra informa que “El negocio editorial de material bibliográfico, de audio, audiovisual, diarios y revistas alcanza una suma del orden de los 400 millones de dólares aprox. en nuestro país. El Estado adquiere una cifra del orden del 20% de ese monto al año, en estos rubros. Solo el mercado del libro alcanza los 220 millones de dólares y el Estado compra aproximadamente un 23% de este rubro....” (énfasis agregado)¹⁷.
22. Para el caso particular del Convenio Marco N° 2239-2-LP10 en el cual la empresa denunciante no participa pero que motivó la denuncia que analizamos, el objeto de aquel es la provisión de material para la tienda

21 de febrero de 2013]. Del mismo modo, una estructura administrativa que genere responsabilidad en los servicios públicos tiende a hacer más transparente el proceso de compras públicas y de generar incentivos en contra de la actuación fraudulenta de la administración. Desde una perspectiva de las ciencias sociales, ver, Evans, P. and J. Rauch. 2000. “Bureaucratic Structure and Bureaucratic Performance in Less Developed Countries,” *Journal of Public Economics* 75:49-71. Rose-Ackerman, Susan. 1999. *Corruption and Government – Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge: Cambridge University Press.

¹⁶ De conformidad a lo indicado en la denuncia vía correo electrónico.

¹⁷ Ver detalle de la licitación referida al Convenio Marco N°2239-2-LP10 sitio web de ChileCompra http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=951&Itemid=697 [última visita, 13 de mayo de 2013]. Ver además www.chilecompralibros.cl

virtual Chilecompra Libros acotada a algunos organismos de la administración del Estado¹⁸.

23. Más aun, respecto a la denuncia específica, incluso si se supusiera que solamente se vende a través del Convenio Marco, no debieran existir mayores problemas de competencia en la medida que ésta se hubiera realizado de manera transparente y competitiva¹⁹. Si hubo arbitrariedad en la selección y adjudicación, la solución pasa más bien por el Tribunal de Compras y la Contraloría General de la República.

24. En síntesis, a pesar que los Convenios Marco son un mecanismo de contratación pública que ha ido creciendo, no representa aún un porcentaje importante respecto de todo el patrimonio de compras públicas²⁰, debiendo considerarse además que el Estado no necesariamente tiene una posición de dominio en los diversos mercados, debido a la existencia de otros demandantes.

25. Además, habiendo un proceso competitivo para cada Convenio Marco por una parte y existiendo siempre la posibilidad de cada organismo público para contratar por fuera de los Convenios Marco en el evento de existir condiciones más ventajosas que las ofrecidas por la plataforma por otra, no parece existir, *a priori*, inconvenientes en la determinación de los plazos de duración.

¹⁸ Lo anterior, porque el universo de organismos públicos comprendidos en cada Convenio Marco particular es acotado a un número determinado de organismos (cada Convenio Marco no abarca a toda la Administración del Estado), a un tipo de organismo dentro de una categoría (por ejemplo los servicios del área de salud o educación) o a una determinada zona geográfica (Convenio Marco para los servicios de regiones determinadas, por ejemplo, región Metropolitana).

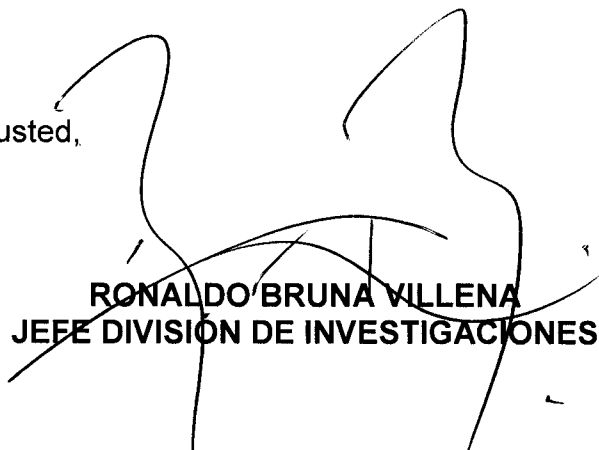
¹⁹ Al revisar esta División los resultados de la licitación por el Convenio Marco, se corroboró que el registro de proveedores que componen el Convenio Marco respectivos está compuesto por más de **170 personas naturales o jurídicas**. Al respecto, revisar el portal de Mercado Público donde consta la ficha de adjudicación y los detalles del proceso del respectivo Convenio Marco número de licitación 2239-2-LP10, en www.mercadopublico.cl [última visita 13 de mayo de 2013].

²⁰ Ver Tabla N° 1 supra.

III. CONCLUSIONES

26. En vista de los antecedentes recabados y de las razones expuestas, esta División estima que no hay mérito suficiente para iniciar una investigación respecto de los plazos de los Convenios Marco de la Dirección de Compras y Contrataciones Públicas, por lo que se sugiere no iniciar una investigación, salvo su mejor parecer.

Saluda atentamente a usted,


RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISION DE INVESTIGACIONES


GLV