

**ANT.:** Denuncia en contra de Walmart por Licitación de papelería Rol N° 2421-17 FNE.

**MAT.:** Minuta de archivo.

**Santiago, 28 ABR 2017**

**A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO**

**DE : JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS**

Por la presente vía, recomiendo a usted el archivo de la denuncia del Antecedente, en virtud de las consideraciones que a continuación se exponen:

#### **I. ANTECEDENTES**

1. Con fecha 27 de enero de 2017 fue ingresada a la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") una denuncia por un particular, en relación a posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la impresión variable<sup>1</sup> y ensobrado, en específico, en una licitación realizada por Walmart Chile S.A. ("Walmart") para proveerse de dicho servicio en la elaboración de algunos de sus estados de cuenta ("EECC").
2. En la denuncia se expone que la empresa Walmart habría establecido en su licitación especificaciones técnicas de tales características que sólo el actual proveedor del servicio, que se encuentra verticalmente integrado en el mercado de producción de sobres<sup>2</sup>, podría cumplir.
3. El denunciante considera que, a través de dichas especificaciones, se produciría un cierre artificial del mercado que excluiría a aquellos competidores

---

<sup>1</sup> Corresponde a la impresión de documentos masivos que pueden ser personalizados uno a uno, tales como los estados de cuenta, boletas de servicios básicos, entre otros.

<sup>2</sup> En el que, además, gozaría de una posición dominante de más de un 60%, según lo señalado en la Minuta de Admisibilidad Rol FNE F48-2015, *Denuncia por adquisición de sociedad en el mercado de insumos de correspondencia*.

que podrían proveer el servicio de no exigirse medidas específicas para los sobres –tamaño media carta con ventana– y demandarse la internalización de todos los procesos.

## II. CUESTIÓN PRELIMINAR: CONTRATACIÓN Y LICITACIONES POR PRIVADOS

4. Los problemas derivados de licitaciones se suelen presentar, principalmente, a propósito de casos de contratación pública. Esta debe responder a una serie de principios, dentro de los que se encuentran la eficiencia en el manejo de los recursos públicos, la transparencia de la información recibida y proporcionada, y la libre concurrencia de participantes o contratantes. Estos mismos principios explican parcialmente que el foco de atención esté puesto en la colusión entre oferentes, antes que en prácticas exclusorias como las aquí denunciadas<sup>3</sup>.
5. Si bien en derecho privado rige el principio de la libre contratación, no es menos cierto que este reconoce como límite las normas de orden público y, entre estas, las leyes que resguardan la libre competencia, por lo que no puede servir como excusa para su vulneración<sup>4</sup>. Así, los términos de una contratación o licitación privada pueden ser cuestionados y revisados cuando potencialmente infrinjan lo establecido por el artículo 3° del DL N° 211.
6. Cabe señalar que los casos de libre competencia relacionados a licitaciones de privados se han promovido, principalmente, a propósito de servicios regulados en los cuales se exige por ley realizar las licitaciones, dadas las características de facilidad esencial o monopolio natural que presentan dichos servicios<sup>5</sup>. Esto,

---

<sup>3</sup> Sobre los principios que rigen la contratación pública y los problemas de competencia que se presentan a propósito de la misma, véase el material de promoción *Compras Públicas y Libre Competencia*, FNE, abril 2011.

<sup>4</sup> Como es bien sabido, al mismo tiempo que la Constitución reconoce el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, fija determinados límites para su ejercicio, entre los cuales se encuentra el respeto a las normas legales (Art. 19 n° 21 CPR). Lo mismo puede decirse de la normativa legal, donde si bien el Código Civil se guía por los principios de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación, establece que existe objeto ilícito en lo que contraviene al derecho público chileno (Art. 1462 CC), perteneciendo a este último la normativa de libre competencia.

<sup>5</sup> Por ejemplo, así se observa respecto de aeropuertos que, pese a ser de propiedad estatal, son operados por entes privados por medio de un sistema de concesiones, siendo estos últimos quienes en definitiva toman las decisiones que pueden afectar la competencia en dicho mercado; en virtud de lo anterior, se les exige licitar ciertos servicios, como en el caso *Consulta de Concesionaria Chucumata por licitación de servicio de taxis de turismo*, NC 20-04 TDLC, del Aeropuerto Diego Aracena de Iquique. Algo similar puede verse en el caso *Requerimiento de la FNE contra ACHAP A.G. y otros*, C 177-08

lógicamente, no impide realizar un análisis similar en aquellos casos en que el servicio o las instalaciones no se encuentren regulados sectorialmente, sino que, solo exige que en dicho caso se demuestre la posición dominante en el mercado y la forma en que las condiciones pactadas cierran artificialmente el mercado y excluyen a competidores que, de otro modo, podrían proveer el servicio licitado con igual o mayor eficiencia que los concurrentes, o bien explotan una relación de dependencia.

7. Adicionalmente, con ocasión del expediente FNE Rol F48-2015 sobre la adquisición por empresas Jordan de activos de la empresa Vigatec, esta Fiscalía observa de manera especial el desempeño de este sector en el escenario de posibles prácticas que puedan deteriorar el ejercicio de la libre competencia.

### III. MERCADO RELEVANTE

8. El mercado de productos donde se llevan a cabo las conductas objeto de la denuncia es el de impresión variable y ensobrado de correspondencia masiva en sobres tamaño media carta con ventana, tal como se define en la licitación<sup>7</sup>.

---

TDLC, en que la FNE entabló un requerimiento por el arreglo y afectación de licitaciones de publicidad. Si bien una de las empresas involucradas –Metro S.A.– sí es estatal, las otras dos serían servicios privados parcialmente regulados –Transbank y Universidad Diego Portales–. Posiblemente, el caso más pertinente como precedente para el presente es el *Requerimiento del Sr. Fiscal Nacional Económico contra Sociedad Desarrollos Educativos S.A.*, C 59-05 TDLC, sobre la licitación de la producción de uniformes por parte de colegios privados. En él, la FNE considera que dado el carácter cautivo que tienen los alumnos del establecimiento, la contratación exclusiva con un proveedor y el carácter obligatorio del uniforme puede dar paso a prácticas anticompetitivas de carácter explotativo. Si bien se trata de una situación expresamente regulada –la necesidad de licitar, cuando se cumplen ciertas condiciones– el análisis de competencia se hace en gran medida al margen de dicha circunstancia.

<sup>6</sup> La Fiscalía entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado. Adicionalmente, conforman un mismo mercado relevante el producto o grupo de productos que sus consumidores consideren sustitutos suficientemente próximos. Véase en: Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración. Fiscalía Nacional Económica, octubre 2012. Disponible en <http://www.fne.cl>

<sup>7</sup> La impresión variable es la impresión de documentos dirigidos a un amplio número de receptores, como los EECC con información personalizada. Por tal motivo, se requiere resguardar la información personal que se proporciona al proveedor del servicio con estrictas medidas de seguridad, tales como la exigencia de que la impresión y ensobrado se realice en las mismas dependencias físicas, o que el sobre sea de papel con ventana. Walmart excluye técnicamente de la licitación a quienes no puedan cumplir con las condiciones antes señaladas.

9. El mercado de la impresión variable y ensobrado de EECC en sobres tamaño media carta con ventana se encuentra relacionado aguas arriba con el mercado de producción de sobres. Este último consta de dos formas de producción: la artesanal y la mecanizada, siendo la segunda la que requiere una inversión inicial mayor en maquinaria especializada, sin perjuicio de tener costos variables menores en atención a los altos volúmenes de producción<sup>8</sup>. La producción mecanizada, asociada a la producción masiva de sobres, es la que se vincula al mercado de la impresión variable.
  
10. Geográficamente se considera que el mercado es de carácter nacional, tanto porque los actores invitados a participar a la licitación corresponden a empresas nacionales, como porque la regularidad de servicio requerido y los mayores costos que implicaría participar desde el extranjero hacen poco viable la contratación de servicios de estas características con empresas que operen fuera del territorio nacional<sup>9</sup>.
  
11. Definido el mercado en estos términos<sup>10</sup>, si bien no se cuenta con las dimensiones exactas del mismo, es de esperar que estas sean a lo sumo las de la producción masiva de sobres tamaño media carta con ventana, considerando que las empresas de impresión variable son las principales adquirentes de dicho insumo<sup>11</sup>. Según estimaciones de esta Fiscalía, la

---

<sup>8</sup> Esta misma distinción es formulada en F48-2015 que, como la misma señala, es consistente con el enfoque utilizado por la Comisión Europea en: *Envelopes* (Case AT.39780).

<sup>9</sup> En más detalle, la industria de la impresión (Cód. SII: 222101) ha mostrado un declive en ventas y una leve tendencia a la concentración, mientras que otros servicios de impresión (Cód. SII: 222109) en esta industria han mostrado la tendencia contraria entre 2005 y 2015, según datos públicos del SII para las actividades comerciales de antes detalladas. Lo anterior evidencia la evolución que ha tenido esta industria con respecto al avance de la tecnología, lo que permitiría prescindir del papel en algunas de sus operaciones o servicios susceptibles de digitalizarse, o bien, producir a mayor escala y con menores costos variables.

<sup>10</sup> Respecto a la delimitación del mercado relevante en casos de licitación, el TDLC hace un análisis en profundidad en su Sentencia 114/2011, en *Demanda del Sr. Rossano Renzo Droghetti Lobos contra Dirección de Compras y Contratación Pública*. En esta, especialmente en su considerando trigésimo, se considera que la limitación del mercado de producto relevante a la sola licitación se justifica en los casos en que se presenta una colusión para arreglar los resultados de la licitación, o bien, cuando se busca alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio en la medida en que el objeto asignado no tiene sustitutos significativos. Dicha delimitación, por el contrario, no tiene asidero y resulta excesiva cuando no se presenta alguna de aquellas dos hipótesis, debiendo caracterizarse el mercado como la totalidad del mercado de producto. Como se muestra en la minuta, Walmart carece de dicho poder de compra.

<sup>11</sup> En Rol FNE F48-2015 se señala que el volumen de sobres vendidos en el país estaría entre los 25 y 30 millones de unidades. No obstante, y en consideración a la medida especificada para el mercado relevante, se ha estimado, de forma conservadora, el tamaño del mercado en 14,5 millones de EECC en sobres media carta con ventana al mes, en base a: 1) la información recopilada en la SBIF para las tarjetas de crédito operativas a diciembre de 2015 pertenecientes a CAR S.A. (Ripley), CAT Administradora de tarjetas de crédito S.A. (Cencosud), Promotora CMR Falabella S.A. y Servicios y

licitación representaría entre un ██████████ del mercado de la impresión variable y ensobrado de EECC en sobres tamaño media carta con ventana<sup>12</sup>.

#### IV. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA

12. La conducta a analizar es el establecimiento de especificaciones en las bases técnicas de la licitación que limitarían artificialmente el mercado a un único oferente, la empresa incumbente, excluyendo a los demás competidores que de otra manera podrían participar exitosamente en dicha licitación. En particular, se refiere a la exigencia de que los sobres sean tamaño media carta con ventana, a lo que podría agregarse la necesidad de que no se externalicen los procesos y que el ensobrado se haga en las mismas instalaciones en las que se presta el servicio de impresión variable<sup>13</sup>.
  
13. Respecto al ejercicio de conductas anticompetitivas en licitaciones, el TDLC ha sostenido expresamente que no basta con que las bases de una licitación contengan elementos arbitrarios o discriminatorios para que un comprador afecte la libre competencia a través de estas<sup>14</sup>. Para que dicha afectación se produzca deben reunirse y demostrarse dos requisitos copulativos: por un lado, que el comprador cuente con posición dominante –lo que, lógicamente,

---

Administración de Créditos Comerciales Presto S.A. (Walmart); 2) TAG vigentes a la misma fecha según Memoria Anual 2015 de Autopista Vespucio Norte, y; 3) Operadores de TV Paga según información disponible en la SUBTEL, entre los cuales se incluye a VTR, Telefónica Empresas (Movistar) y DirecTV. Dichos emisores de EECC son los que utilizan, con mayor frecuencia, la medida de sobres antes señalada; no obstante, debe recalcar que solo se han mencionado aquellos emisores cuyos sobres pudieron ser verificados por esta Fiscalía. Lo anterior, a sabiendas de que algunos de sus competidores (segmentos del *retail* y TV paga) también usarían dicha medida de sobre, sin que haya podido ser confirmado en el curso de la investigación. Lo anterior reduciría aún más la participación de mercado que detentaría Walmart en el mercado de los EECC en sobre tamaño media carta con ventana.

<sup>12</sup> Para este cálculo se considera el mismo procedimiento señalado anteriormente, limitado a los sobres tamaño media carta con ventana cuyo uso se pudo comprobar. Por el contrario, si el mercado se definiera como la impresión variable a secas, las dimensiones podrían ser mayores, puesto que es del todo posible que no todo documento impreso –en este caso EECC– requiera posteriormente ser ensobrado. Como se analiza en Rol FNE F48-2015 p. 4, existiría la posibilidad de uso de bolsas plásticas y de autosobres (en que se utiliza el mismo papel con la información impresa). Si bien por las razones allí señaladas estos no constituyen un sustituto adecuado de los sobres objeto de esta denuncia, ya sea porque no proveen la confidencialidad y privacidad suficiente, o bien, no permiten adicionar publicidad, nada impide que sea una alternativa viable para clientes distintos a los referidos en esta operación, ampliando así el mercado de la impresión variable.

<sup>13</sup> Si bien la denuncia se limita a la primera de estas cláusulas.

<sup>14</sup> En *Consulta de Asilfa A.G. sobre resolución afecta N° 272, que contiene las bases administrativas tipo que rigen los procesos de licitación pública de compras de medicamentos*, resolución 50/2017, C° 60.

dependerá de la definición que se haga del mercado en cuestión– y, por otro, que se actúe de modo arbitrario o discriminatorio, abusando de su poder de compra<sup>15</sup>, incurriendo en prácticas exclusorias de oferentes basadas en razones ajenas a la eficiencia, innovación o mejora en la calidad de los productos.

14. En primer lugar, como se vio a propósito del mercado relevante, Walmart se encuentra lejos de ser el único demandante en el mercado de la impresión variable y ensobrado en sobres de tamaño media carta con ventana, pues de la información recopilada por esta División, existen otros demandantes que lo utilizan tales como: autopistas, algunos emisores de tarjetas de créditos asociadas a casas comerciales y supermercados. Así, el porcentaje del mercado que representa el servicio requerido por Walmart, inferior a un 5%, no permite afirmar que la empresa detente un poder de compra o posición de dominio que le permita ejercer una conducta abusiva, por lo que ya por esta razón cabría desestimar la denuncia. No obstante, se analizará por qué las condiciones impuestas en la licitación no significan, en este caso, un cierre arbitrario del mercado.
  
15. En cuanto al mercado de los sobres, el denunciante hace ver que el único fabricante nacional que cumpliría con características solicitadas en la licitación sería la empresa incumbente. Ahora bien, a la luz de lo recopilado en Rol FNE F48-2015, se observa que existe al menos una empresa más que es capaz de producir sobres por sí misma, compañía que se encuentra integrada verticalmente en los mercados de impresión variable y producción de sobres, al igual que la incumbente. Si bien la denuncia daba a entender que la licitación exigía la producción propia de sobres –y no quedaba claro lo contrario por la simple lectura de las bases–, en el curso de la admisibilidad se hizo ver que lo que no es posible externalizar es el procedimiento mecanizado de ensobrado, sin perjuicio que los sobres, en cuanto insumos, puedan ser adquiridos e

---

<sup>15</sup> “[E]s necesario que: (i) cuente con poder de compra en el mercado relevante del producto, esto es, que pueda negociar precios, condiciones o volúmenes de compra distintas a las que existirían en una situación de competencia; y (ii) actúe de modo arbitrario o discriminatorio, abusando de su poder de compra, es decir, incurriendo en prácticas exclusorias de oferentes basadas en razones ajenas a la eficiencia, innovación o mejora en la calidad de los productos. Por consiguiente, el interesado deberá alegar y probar ambos elementos”, Resolución 50/2017, n° 61.

impresos con publicidad por un tercero, en la medida que el adjudicatario responda por eventuales incumplimientos a las bases de la licitación<sup>16</sup>.

16. Además de dichas empresas que se encuentran integradas verticalmente, de las que sería posible comprar su excedente de sobres –aunque es posible que no tuvieran incentivos a vender insumos a sus competidores–, ya la revisión de posibles proveedores en la web parece indicar que el sobre tamaño media carta con ventana no es ni una especificación técnica elaborada ni un insumo escaso. Al contrario, es posible encontrar diferentes proveedores que indican poseer la medida en cuestión<sup>17</sup>. De hecho, existen 6 empresas precalificadas técnicamente por Walmart que cumplen con los requisitos solicitados en las bases de la licitación, en particular con aquel relativo a que sus máquinas pueden trabajar con sobres tamaño media carta. Luego, tanto la condición del tamaño como la de no tercerización del ensobrado pueden ser satisfechas por un número importante de participantes, y la segunda cuenta con una racionalidad empresarial explícita. De igual manera, al no exigirse la producción propia de sobres en las bases, podría eventualmente ser importado por la empresa ganadora de la licitación.
17. Respecto a los actores que no poseen la maquinaria para producir sobres, podrían, eventualmente, importarla y financiar dicha adquisición por medio de la entrega de servicios similares al aquí licitado<sup>18</sup> o la venta de los mismos sobres. Según se consigna en Rol FNE F48-2015, la escala de eficiencia de dicha máquina es de cuatro millones de sobres mensuales, muy por sobre lo requerido en la licitación en cuestión, lo que permitiría la venta de los excedentes.
18. Además, según la información recopilada, el costo del sobre en su etapa final –es decir, listo para ser ensobrado, con las impresiones que se requieran ya

---

<sup>16</sup> Según lo aclarado por la denunciada en declaración de fecha 28 de febrero de 2017. Lo anterior es consistente con lo declarado por el denunciante el 21 de febrero de 2017, respecto a que tanto él como otras empresas habrían cotizado sobres con la empresa incumbente.

<sup>17</sup> Por ejemplo:  
[http://www.indufas.cl/prod\\_papeleria\\_sobrescventana.html](http://www.indufas.cl/prod_papeleria_sobrescventana.html) [última vista: 23 de marzo de 2017]\_Quien puede fabricar a pedido el sobre media carta con ventana.  
<http://mercosobre.cl/sobre-3/> [última vista: 23 de marzo de 2017]

<sup>18</sup> Adquisición de maquinaria analizada en detalle en F48-2015 n° 22 a 25.

incluidas– se encontraría alrededor de los [10-50] pesos, lo que a juicio de la denunciada no representaría más de un [5%-15%]<sup>19</sup> de los costos del servicio<sup>20</sup>.

19. Por último, no se ve la racionalidad o provecho económico que obtendría Walmart en la realización de una licitación dirigida. Una limitación excesiva y eventual exclusión de competidores del mercado de impresión variable significaría, sin duda alguna, un aumento del costo que representa para la misma empresa la contratación del servicio de impresión variable y ensobrado<sup>21</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

20. En razón de la ausencia de posición de dominio exigida por la legislación de libre competencia para pronunciarse respecto a las conductas de abuso de posición dominante y unido al hecho de que existen al menos 6 empresas precalificadas por Walmart que cumplirían las condiciones de la licitación cuestionadas en la denuncia, se considera que el presente caso no se enmarca en la hipótesis del artículo 3°, letra b) del DL N° 211 y, por ende, se recomienda al Sr. Fiscal Nacional Económico archivar la presente denuncia, salvo su mejor parecer. Lo anterior, sin perjuicio del derecho del denunciante de intentar acciones ante el H. Tribunal de la Libre Competencia, o en la sede que estime pertinente.

Saluda atentamente a usted,

  
**GASTÓN PALMUCCI**  
**JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS**

  
FBT

<sup>19</sup> Contrario a lo señalado por el denunciante en declaración de fecha 21 de febrero de 2017, en la cual señala que el costo ascendería al 50% del costo total del servicio.

<sup>20</sup> Con datos aportados en Rol FNE F48-2015, se pudo estimar y comprobar que el sobre, entre los años 2012 y 2014, representaba entre un [14% - 17%] del costo total del servicio. El costo restante correspondería a la impresión misma de los EECC y cartas.

<sup>21</sup> En el caso antes citado C 59-05 TDLC, los mayores costos de los uniformes no recaían en el colegio sino en los apoderados que debían adquirir los mismos. Ahora bien, el TDLC tampoco ve en ese caso el provecho económico, por no existir antecedentes de un acuerdo en el que el ganador de la licitación premie al establecimiento educacional por el hecho de ser escogido. En el caso aquí tratado tampoco se detecta algo similar.