

C.P.C. 1278 /

ANT.: Consulta de la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas, sobre legalidad de la exigencia del documento "Dicom Plus" en llamados a licitación convocados por instituciones públicas.

ROL N° 534-03 FNE

MAT.: Dictamen

SANTIAGO, 16 ENE 2004

La Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas, con fecha 4 de julio de 2003, solicitó un pronunciamiento del Fiscal Nacional Económico, en relación con la presentación efectuada ante dicha entidad por don Carlos Inalaf Agurto, quien consulta sobre la legalidad de la exigencia de que los antecedentes comerciales, de las personas o empresas que concurren como oferentes en licitaciones públicas convocadas por Municipalidades y otras instituciones públicas, sean informados por la empresa "Dicom Equifax", teniendo en cuenta que la mencionada empresa es sólo una más dentro de las varias que existen en el mercado dedicadas a la venta de informes comerciales.

Sobre la base de los antecedentes aportados por la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas, la Fiscalía Nacional Económica resolvió instruir la investigación de que da cuenta en su informe informe, a fin de determinar si las exigencias establecidas por las municipalidades y la administración pública en general, en lo relativo a la constatación de los antecedentes comerciales de particulares interesados en contratar con ellas, se ajusta a la normativa sobre defensa de la libre competencia. Específicamente, si tales exigencias atentan contra la libre competencia en el mercado de las empresas que ofrecen el servicio de verificación de antecedentes comerciales.

2. En cuanto a la Información solicitada por la Fiscalía Nacional Económica:

A fin de conocer los criterios adoptados al respecto por las municipalidades y los órganos de la administración pública, la Fiscalía solicitó informe a diversas municipalidades de la Región Metropolitana, a la Subsecretaría de Desarrollo Regional, y a la Dirección de Aprovechamiento del Estado (en la actualidad, Dirección de Compras y Contratación Pública).

Recibida la respuesta de las municipalidades consultadas por ésta, se constata que todos los municipios requieren informes comerciales a los oferentes para acreditar su comportamiento comercial, sin que exista un criterio uniforme al respecto. En efecto, algunas municipalidades señalan no exigir documento de ninguna empresa de verificación de antecedentes en particular; otras manifiestan exigir siempre que los antecedentes comerciales de los oferentes sean informados

exclusivamente por la empresa Dicom/Equifax, o la Cámara de Comercio de Santiago; y otras, por último, distinguen entre licitaciones para la ejecución de proyectos financiados con fondos municipales, y licitaciones en que el municipio es ejecutor de proyectos financiados desde el gobierno central (Intendencia, Subdere, Mideplan, etc.), en las que el municipio reproduce las exigencias contenidas en las bases tipo entregadas por el gobierno central.

La Subsecretaría de Desarrollo Regional, por su parte, informó a la Fiscalía que, en los casos que ha establecido Bases Tipo con la obligación que los antecedentes comerciales de los oferentes deban ser informados por alguna empresa del rubro, éstas no establecen la exigencia de que lo sean por alguna empresa específica.

Por último, el Departamento de Compras de la Dirección de Aprovevisionamiento del Estado, informó que, en el contexto de las licitaciones de Contratos Marco, entre la documentación requerida para presentar ofertas e inscribirse en el Registro de Proveedores, se solicita un "Certificado original del boletín de Informes Comerciales por documentos protestados o en mora, y deudas previsionales y tributarias, obtenidos desde Dicom S.A. o la Cámara de Comercio de Santiago". Respecto del criterio adoptado para realizar esta exigencia, se informa que ésta se funda en el debido resguardo al interés fiscal en cuanto a obtener la mayor cantidad de ofertas serias, esto es, que emanen de personas y/o empresas con una situación comercial idónea. En ese contexto, tanto Dicom S.A. como la Cámara de Comercio de Santiago, darían cuenta de una sólida experiencia y prestigio en la materia. Añade que esta solicitud específica no forma parte de una política excluyente o predeterminada por esa Dirección, y que en definitiva lo que interesa a la institución es contar con la información más verosímil posible, sin importar la fuente de donde emana.

3. En cuanto al Mercado relevante:

De acuerdo a los criterios de mercado de producto y mercado geográfico, el mercado relevante de los informes comerciales está formado por todas las empresas que ofrecen el servicio "Informe Comercial" dentro del territorio nacional. Así definido el mercado, las empresas relevantes son las siguientes:

ADQUICENTER
CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO
DATABUSINESS
DATUM
DICOM EQUIFAX
SIISA
SOINCO

Si bien estas empresas no son perfectos sustitutos, pues no ofrecen exactamente la misma gama de servicios, todas ellas ofrecen ciertos servicios base, dentro de los cuales se encuentra la verificación de antecedentes comerciales, a través de la emisión de un informe comercial que da cuenta de la conducta comercial de una persona o empresa determinada. La información necesaria para determinar este comportamiento comercial se obtiene de bases de datos de público acceso, como el Boletín de Información Comercial de la Cámara de Comercio de Santiago A.G.; el Boletín Laboral Previsional de la Dirección del Trabajo, que incluye las multas y deudas de quienes no pagan sus compromisos previsionales; todas las órdenes de no pago que aparecen en los diarios; personas impedidas de abrir cuenta corriente, según circulares de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras; modificaciones introducidas a una sociedad, vigencia y representantes legales, del Registro de Comercio del Conservador respectivo,

etc.- Además de estas fuentes oficiales, las empresas de verificación de antecedentes comerciales cuentan con bases de datos propias, según información proporcionada por fuentes no oficiales.

Las empresas de verificación de antecedentes comerciales ofrecen distintos tipos de informes comerciales, dependiendo de la cantidad de información incorporada a éstos. Así, por ejemplo, un informe estándar puede contener solo antecedentes sobre documentos comerciales protestados o en mora, en cambio uno más especializado contendrá información integral sobre la empresa: su comportamiento histórico de pago de obligaciones comerciales, laborales y previsionales; conducta tributaria; vigencia de la sociedad, modificaciones, información sobre sus representantes legales, etc.

Por el lado de la demanda, la confiabilidad de la información es esencial, aspecto que es asegurado por el carácter oficial de las fuentes de información utilizadas en la realización del informe. El servicio es solicitado tanto por la empresa que será objeto del informe, para acreditar su conducta comercial frente a terceros, como por terceros que deseen verificar el comportamiento de una empresa determinada, en miras a una eventual contratación con ésta. Este último caso está dado principalmente por bancos e instituciones financieras, atendidas las características de instrumento de medición de riesgo crediticio de los informes comerciales. Por otra parte, y respecto de la contratación con la administración del Estado y las municipalidades, existe un grupo de empresas que requieren este servicio para acreditar su comportamiento comercial ante estos órganos, constituyendo un mercado diferenciado y más reducido, que se analiza a continuación.

4. En cuanto al Sistema de compras públicas:

Para el desarrollo de sus fines propios, los órganos de la administración pública del Estado y las municipalidades, requieren insumos y servicios prestados por particulares. Las compras públicas corresponden a todos los contratos que suscribe el Gobierno y las municipalidades para la adquisición de bienes, servicios y obras públicas, desde los más complejos como aquellos para la construcción de carreteras, hasta contratos simples como la compra de lápices e insumos de oficina.

En esta actividad, las actuaciones de los órganos de la administración pública y las municipalidades deben someterse a lo expresamente autorizado por la Constitución y las leyes, principio que rige todas las actuaciones de los órganos del Estado. En materia de adquisición de bienes y servicios, la regulación distingue entre licitación pública, licitación privada y contratación directa, resguardando siempre el patrimonio fiscal, y la transparencia de todo el proceso de contratación, a fin de asegurar la libre concurrencia de oferentes y evitar arbitrariedades de parte del poder comprador del Estado y las municipalidades. La regla general, para contratos que exceden un monto determinado, es la licitación pública, en virtud de la cual toda persona natural o jurídica, que se interese por proveer el bien o servicio específico materia de la licitación, y que cumpla con los requisitos establecidos en las bases de la licitación, podrá presentar su oferta, adjudicándosele en definitiva aquél oferente que, de acuerdo también a los criterios establecidos por las bases, presente la oferta más conveniente para el Estado.

5. En cuanto a la legislación aplicable:

En cuanto a la legislación a que debe someterse la administración del Estado en la contratación de bienes y servicios, la Ley 19.886, Ley de Bases sobre Contratos

Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, de 30 de julio de 2003, establece en su artículo 1º:

“Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación (...). Para los efectos de esta ley, se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1º de la ley Nº18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley.”

Respecto de la legislación aplicable a las municipalidades, el artículo 66 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece:

*“La regulación de los procedimientos administrativos de contratación que realicen las municipalidades se ajustará a la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y sus reglamentos.
Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, tratándose de la suscripción de convenios marco, deberá estarse a lo establecido en el inciso tercero de la letra d), del artículo 30 de dicha ley.”*

Por su parte, el artículo 30, letra d), inciso 3º, de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, establece: *“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.”*

Respecto de los requisitos para contratar con la administración del Estado y las municipalidades, la Ley 19.886, en su artículo 4º, inciso primero, dispone: *“Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el reglamento, cumpliendo con los demás requisitos que éste señale y con los que exige el derecho común.”* (énfasis nuestro).

La ley establece un plazo de un año desde la fecha de su publicación (30 de julio de 2003), para la dictación de la reglamentación necesaria para la aplicación de la misma, reglamento que a la fecha del presente informe no se ha dictado.

6. En cuanto a las modalidades de acreditación de antecedentes comerciales ante los órganos de la administración pública y las municipalidades:

6.1. En cuanto a los medios que puede utilizar la administración pública para asegurar la idoneidad comercial del oferente que se adjudique la licitación, resguardando de esa manera el patrimonio fiscal o municipal, la legislación recién citada no establece normas específicas al respecto, encomendando al Reglamento la determinación de los medios de acreditación de la situación financiera de los oferentes.

En teoría, podrían darse a lo menos cuatro modalidades en virtud de las cuales el órgano administrativo puede verificar la conducta comercial del oferente:

Recopilar por sí esta información, de bases de datos oficiales y públicas que den cuenta del comportamiento comercial de los oferentes, y excluir a aquellos que por su conducta comercial no le merezcan confianza (esta alternativa no se utiliza en la práctica, atendido el gasto en tiempo y recursos que representa);

Determinar la documentación relevante a obtener de bases de datos oficiales, que proporcionen información sobre el comportamiento comercial de una persona o empresa, y exigir esta documentación a los oferentes;

Contratar con un tercero la prestación del servicio de verificación de antecedentes de todos los oferentes que se presenten a una licitación (en este caso el contrato se regirá por las normas sobre contratación pública); o

Exigir a los oferentes presentar un informe comercial preparado por una determinada empresa que preste el servicio de verificación de datos comerciales. En este último caso, la voluntad del oferente en contratar este servicio con una empresa específica, está determinada por la imposición de una obligación por parte del órgano administrativo, en beneficio del negocio de una empresa ajena a la licitación.

La información proporcionada por los servicios públicos consultados, señala que ésta última modalidad es de común utilización por la administración del Estado y las municipalidades, con la variante que en ocasiones (por ejemplo, licitaciones de contratos marco de la actual Dirección de Compras y Contratación Pública) se entrega al oferente la opción de contratar este servicio con una de dos empresas determinadas: Dicom Equifax o la Cámara de Comercio de Santiago A.G.-

6.2. Esta modalidad de acreditación del comportamiento comercial de los oferentes genera una situación que eventualmente se podría prestar para que se produjese discriminación (o acuerdo de precios, en el caso de ser dos las empresas autorizadas). Al existir un solo oferente "autorizado", y dado que existe cierto grupo de consumidores que está obligado a demandar el producto a esta empresa autorizada, podría darse que esta empresa fijara un precio por sus servicios (o acordara tal precio, en el evento de ser dos las empresas "autorizadas"), por encima del precio de mercado. Si bien esto es poco probable, ya que significaría que los clientes no obligados a obtener un informe de esta empresa en particular (el grueso de los clientes) empezarían a demandar los informes comerciales de las empresas competidoras, tampoco es imposible, si se llega a una situación en que el grupo de empresas que requieren este servicio como parte del proceso de llamados a licitación pública logran absorber parte importante de la demanda, o si el sobreprecio que se les puede cobrar es de una magnitud tal que más que compensa la pérdida de los otros clientes.

Otra forma de discriminación de precios que se podría dar, es que estas empresas "autorizadas" pudiesen distinguir entre aquellos clientes que necesitan el informe comercial para presentarse como oferentes a licitaciones convocadas por la administración pública, y el resto de los clientes, con lo cual podrían tener dos tarifas distintas para un mismo producto, cobrando una u otra dependiendo de quién y para qué necesite el producto. Esta idea se basa en el supuesto de que es posible reducir la dimensión de un mercado de producto.

7. Conclusiones:

Si bien es cierto que el Estado, en cuanto demandante del servicio de verificación de antecedentes comerciales, puede optar entre los distintos oferentes de los mismos, por cuanto, en aras de resguardar el interés fiscal, la confiabilidad es esencial, no es menos cierto, que es deseable que los órganos de su administración y las municipalidades, promuevan y fomenten la libre competencia para, de esta forma, maximizar la eficiencia y el bienestar general de los consumidores, más aún si en este caso, existen posibles riesgos a la libre competencia, según lo indicado en el punto N° 6 de este informe.

En el caso en estudio, la conducta de ciertas Municipalidades y del Departamento de Compras de la Dirección de Aprovechamiento del Estado,

consistente en exigir a sus futuros proveedores que acrediten su buena conducta comercial a través de certificados otorgados desde Dicom S.A. o la Cámara de Comercio de Santiago, tiene como objetivo resguardar el patrimonio fiscal. Sin embargo, esta Fiscalía Nacional Económica es de opinión que dicho objetivo de interés general es conciliable con la promoción de la libre competencia.

Para hacer compatibles ambos objetivos de interés público, la Fiscalía Nacional Económica, en ejercicio de la atribución otorgada por el artículo 27 letra c) del Decreto Ley N° 211, sugiere a la H. Comisión Preventiva Central que disponga las siguientes medidas:

7.1. Solicitar al Ministerio de Hacienda que, en la elaboración del Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, el cual establecerá los requisitos que deban cumplir los oferentes para acreditar su situación financiera e idoneidad técnica, considere las normas de defensa de la libre competencia y evite toda modalidad que posibilite una discriminación arbitraria entre distintos oferentes de un mismo servicio, para lo cual es recomendable que, para la obtención de la información sobre antecedentes comerciales, se determine la documentación relevante a obtener de bases de datos oficiales, y sea ésta la documentación que se exija a los oferentes, para lo cual se podrá concurrir a cualquier empresa que ofrezca la misma.

7.2. Notificar a la Dirección de Compras y Contratación Pública, del Ministerio de Hacienda, el contenido del presente informe, y prevenirla en el sentido de que, en futuras licitaciones, es recomendable que adopte la sugerencia señalada en el número anterior.

7.3. Sobre la base del mismo fundamento mencionado, notificar a los gobiernos regionales y a la Asociación Chilena de Municipalidades, para que comuniquen a sus jefes de servicio y asociadas, respectivamente, que, en futuras licitaciones, sería recomendable exigir la documentación que acredite la información comercial, en la forma señalada en el punto 7.1. anterior.

8.- Atendidas las circunstancias reseñadas esta Comisión comparte el criterio del Sr. Fiscal en cuanto a que el Estado, demandante del servicio de verificación de antecedentes comerciales, puede optar entre distintos oferentes de los mismos, por cuanto, en aras de resguardar el interés fiscal, la confiabilidad es esencial. Pero no es menos cierto que, es deseable que los órganos de su administración y las municipalidades, promuevan y fomenten la libre competencia para, de esta forma, maximizar la eficiencia y bienestar general de los consumidores, más aún, si, como el caso en estudio, existen posibles riesgos a la libre competencia, según lo indicado en el punto N° 6 del informe de la Fiscalía Nacional Económica.

Este rol de promoción y fomento de la libre competencia es particularmente importante cuando el Estado y sus organismos son demandantes significativos del servicio de verificación de antecedentes comerciales.

En el caso en estudio, la conducta de ciertas Municipalidades y del departamento de Compras de la Dirección de Aprovisionamiento del Estado, consistente en exigir a sus futuros proveedores que acrediten su buena conducta comercial a través de certificados otorgados desde Dicom S.A. o la Cámara de Comercio de Santiago, tiene como objetivo resguardar el patrimonio fiscal. Sin embargo, esta Comisión Preventiva Central es de opinión que dicho objetivo de interés general es conciliable con la promoción de la libre competencia.

107

Para hacer compatibles ambos objetivos de interés público, esta Comisión Preventiva Central, en ejercicio de la atribución otorgada por el artículo 8° del Decreto Ley N° 211, dictamina las siguientes medidas:

1.- Recomendar al Ministerio de Hacienda que, en la elaboración del Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, el cual establecerá los requisitos que deban cumplir los oferentes para acreditar su situación financiera e idoneidad técnica, evite toda modalidad que posibilite una discriminación arbitraria entre distintos oferentes de un mismo servicio, para lo cual es recomendable que, para la obtención de la información sobre antecedentes comerciales, se determine la documentación relevante a obtener de bases de datos oficiales, y sea ésta la documentación que se exija a los oferentes, para lo cual se podrá concurrir a cualquier empresa idónea que ofrezca la misma.

2.- Notificar a la Dirección de Compras y Contratación Pública, del Ministerio de Hacienda, el contenido del presente informe, y prevenirla en el sentido de que, en futuras licitaciones, es recomendable que adopte la sugerencia señalada en el número anterior.

3.- Sobre la base del mismo fundamento mencionado, notificar a los gobiernos regionales y a la Asociación Chilena de Municipalidades, para que comuniquen a sus jefes de servicio y asociadas, respectivamente, que, en futuras licitaciones, sería recomendable exigir la documentación que acredite la información comercial, en la forma señalada en el punto 1 anterior.

Notifíquese a la consultante, al Ministerio de Hacienda, a la Asociación Chilena de Municipalidades y a la Fiscalía Nacional Económica.

El presente dictamen se acordó en sesión del día 9 de enero de dos mil cuatro por la unanimidad de los asistentes señora Andrea Butelmann Peisajoff, Presidenta, y señores Juan Manuel Baraona Sainz, Claudio Juárez Muñoz, y Carlos Castro Zoloaga.

Butelmann Peisajoff
Juan Manuel Baraona Sainz
Claudio Juárez Muñoz
Carlos Castro Zoloaga

Baraona

