

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA Nº 89 /2009.

Santiago, doce de noviembre de dos mil nueve.

VISTOS:

1. Requerimiento

1.1. Que el 24 de julio de 2008, la Sociedad Editora, Impresora y Distribuidora de Videos Y Publicaciones Punto Final S.A., en adelante Revista Punto Final o RPF, interpuso una demanda, en primer término contra el Estado de Chile;

1.2. Que con posterioridad, la demandante se allanó a una excepción dilatoria del Consejo de Defensa del Estado, especificando que la acción que originó el proceso está dirigida en contra de los Ministerios de Hacienda, de Justicia y de Planificación y Cooperación (Mideplan);

1.3. Que las imputaciones consisten fundamentalmente en:

a) Que la inversión publicitaria de los demandados se realiza preferentemente en las cadenas periodísticas de “El Mercurio” y “La Tercera” (“Consortio Periodístico de Chile”, Copesa), en desmedro de la prensa que denomina como “independiente”, entregando ventajas a las primeras que le permiten copar el mercado de diarios y revistas. Ambas cadenas controlarían el entre un 85 y un 95 por ciento de la prensa escrita y representarían una suerte de duopolio ideológico de derecha o conservador.

En esa línea, cita un estudio del Observatorio de Medios “Fucatel” del año 2005, que destaca que los ministerios demandados contrataron un 70% de su publicidad con la cadena “El Mercurio”.

La demanda también sostiene que un 48% de la inversión estatal en el período indicado fue realizada en los diarios de la empresa El Mercurio, un 29% en los diarios del grupo COPESA y un 15% en prensa independiente.

b) Que no existe claridad sobre la forma en que se toma la decisión de distribuir los recursos destinados a publicidad de los servicios públicos.

Si bien RPF y otros medios “independientes” están registrados en “Chile-Compra”, la publicidad estatal se canaliza a los grandes medios, por vías que no se corresponden con la igualdad de oportunidades y la libre competencia, en razón de una política discriminatoria articulada por el Estado. Estas vías son tarifas y descuentos especiales y tratos y convenio directo con las empresas favorecidas vulnerando la ley 19886 de base sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (Ley de compras públicas);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

c) Que las discriminaciones o excepciones a la concursabilidad que la Ley de Compras Públicas autoriza a favor de agentes determinados, a juicio de la demandante, han de tratarse de casos fundados y excepcionales, lo que no es el caso de la publicidad y el avisaje.

El gobierno, en opinión de la demandante, debiese fomentar el pluralismo informativo y la libertad de información, lo que no ha sido hecho a pesar de los anuncios de ministros a cargo del Ministerio Secretaría General de Gobierno de contratar publicidad y avisaje con medios “independientes”.

La demandante cita un libro del académico y periodista que testificó en el proceso, don Walter Krohne en el que sostiene que El Mercurio y La Tercera tienen un tiraje de 600.000 ejemplares y los medios escritos “independientes” como *RPF, The Clinic, El Periodista, El Siglo, Le Monde Diplomatique* y la desaparecida revista *Rocinante* alrededor de 5.580 ejemplares.

Según la actora, lo anterior no deriva de la eficiencia empresarial de los grandes medios mencionados si no que al fortalecimiento de los mismos derivado de la publicidad, el avisaje y el crédito oficial o público.

d) Que las dos mayores cadenas periodísticas controlan la mayor parte de la distribución de los diarios y revistas y tendrían influencia determinante sobre los suplementos y ese poder, en su versión, se ha expresado a veces en maniobras que no especifica destinadas a obstaculizar o impedir la circulación de algunos medios, como los diarios gratuitos *El Metropolitano, Publimetro* y otras.

e) Finalmente, considera que la situación de “duopolio-monopolio” (sic) que describe es, en sí misma, una amenaza a la libre competencia que debe ser sancionada por el Tribunal.

1.4 Que, desde la óptica jurídica, RPF considera que las imputaciones realizadas implican una vulneración del derecho constitucional a no ser discriminado por el Estado en materia económica, y a la libertad de información y opinión, ambos garantidos en el artículo 19 de la Carta Fundamental, así como una violación de las normas contenidas en el D. L. N° 211 y en la ley 19.733 sobre Libertades e Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo (Ley de Prensa). El Artículo 37 de este último cuerpo legal previene en lo pertinente ***que “[p]ara efectos de lo dispuesto en el decreto ley N° 211, de 1973, se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones, que tienden a impedir la libre competencia, los que entran en la producción de informaciones, el transporte, la distribución, circulación, el avisaje y la comercialización de los medios de comunicación...”***. RPF considera que la norma

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

citada establece una relación directa entre la Libre Competencia y la Libertad de Expresión;

2. Que el 29 de septiembre de 2008, el Consejo de Defensa del Estado (CDE) contestó la demanda de autos en representación de los ministerios demandados contravirtiendo formal y expresamente todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda y las consecuencias que la demandada de ellos pretende derivar.

2.1 Que las defensas consisten fundamentalmente en:

a) Que las demandadas han actuado dentro de sus facultades constitucionales y legales y no han infringido ni el DL 211 ni la Ley de Prensa. Además se rigen para la contratación del suministro de bienes y servicios que requieren por la Ley de Compras Públicas y su reglamento (D.S. 250 de 2004 del M. de Hacienda) y deben utilizar alguno de los mecanismos que ese marco jurídico les permite: (i) **Convenios Marcos**, (ii) **Licitación Pública**, (iii) **Licitación Privada** y, (iv) **los Tratos o Contratación Directa**.

Los demandados deben además contar con un Manual de Procedimiento de Adquisiciones que se debe ajustar a la Ley de Compras y su reglamento. Todas estas normas propenden, en opinión de las demandadas, a que los procesos de contratación sean eficientes y se asegure la calidad de los bienes y servicios adquiridos, la idoneidad de los oferentes y, en definitiva, la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio que se adquiera y todos sus costos asociados, presentes y futuros.

La Dirección de Compras y Contratación Pública (DCCP) debe, de oficio o a petición de uno o más organismos públicos, licitar bienes y servicios a través de la suscripción de Convenios Marco, regulados en la Ley de Compras.

Los organismos sujetos a la Ley de Compras Públicas, como las demandadas, están obligados a comprar bajo estos convenios, relacionándose directamente con el contratista adjudicado por la DCCP, salvo que por su cuenta obtengan condiciones más ventajosas (relación costo/beneficio) y realice así una contratación directa, la que debe ser informada a la DCCP y posteriormente puede ser fiscalizada.

Si no se usan Convenios Marco, las demandadas, en general, deben sujetarse a estrictos procesos de cotización, licitación, en su caso, y adquisición para contratar la publicidad y avisaje y recibir las ofertas por los sistemas electrónicos o digitales establecidos por la DCCP, y están obligadas a promover la participación de la mayor cantidad de oferentes posibles y cumplir con el principio constitucional de Publicidad.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La Ley de Compras públicas establece el “Tribunal de Contratación Pública”, órgano jurisdiccional competente para conocer la acción de impugnación de los procedimientos administrativos de contratación, entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, al que nunca ha recurrido el demandante a pesar de estar inscrito en los Registros Electrónicos de Proveedores del Estado, cuando los demandados han adjudicado a otros medios la publicidad y el avisaje.

b) Que la DCCP ha suscrito a la fecha dos Convenios Marco referidos al avisaje en diarios impresos y electrónicos en los años 2005 y 2006. Las categorías licitadas fueron diarios nacionales, regionales y electrónicos.

Según los demandados los criterios ponderados para la selección fueron: (i) Acreditación de calidad del diario; (ii) Garantía de publicación correcta de los avisos; (iii) Certificación de circulación y visitas *web* (declaración jurada simple); (iv) Tarifas, descuentos sobre tarifario público, coste por contacto, servicios adicionales; (v) Plazo de publicación.

En versión del CDE, a estas licitaciones postularon varios medios, entre los que se contaron El Mercurio y La Tercera (que, finalmente, fueron adjudicatarios junto a otros medios en la categoría de diarios nacionales y en el caso de la cadena El Mercurio también regionales) y no RPF.

c) Que el CDE sostuvo que MIDEPLAN informó a la Cámara de Diputados que no adjudicó ningún contrato de avisaje a El Mercurio S.A.P. o a Copesa S.A. durante el 2006, uno de 28 a Copesa. En el 2007, dos a El Mercurio y uno a La Tercera de un total de 26. En el año 2008 de 11 proyectos de avisaje adjudicados uno fue publicado en “La Cuarta”

En el caso del Ministerio de Justicia indica que la mayoría del avisaje lo contrata con La Nación pues de él depende el “Diario Oficial”, en el que por ley, deben publicarse las normas jurídicas oficialmente. Durante el 2008 sólo hizo una publicación en el Diario El Mercurio.

d) Que el CDE sostiene que no ha incurrido en infracción del DL 211 o a la Ley de Prensa, toda vez que el Estado no es un “agente económico” y no está desarrollando actividad económica o comercial alguna en la materia mencionada. Mas bien está amparado por las normas legales que rigen la contratación pública, que son de derecho público.

Los demandados no han incurrido en la hipótesis contenida en el artículo 37 de la Ley de Prensa que no ha entrabado el avisaje en el sentido de impedir su desenvolvimiento ni tampoco ha impedido el desarrollo de la RPF. Los ministerios demandados no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pueden haber cometido infracción al someter su accionar a la ley y normas que regulan la contratación pública.

e) Que al Fisco de Chile no pueden aplicársele las sanciones establecidas en el artículo 26 del DL 211.

f) Que pretender construir bases de licitación a la medida de la actora sería arbitrario e ilegal.

g) Que la demandante carece de interés legítimo en la acción pues no es sujeto pasivo ni víctima concreta del injusto que se reprocha de acuerdo al artículo 3º del DL 211 y 37 de la ley 19.733, pues no es competidor en el mercado relevante respectivo ni participa en las “fases productivas actuales o potenciales” (sic)

h) Que no ha habido conductas colusivas u otras prácticas anticompetitivas, entre el Estado de Chile y los ministerios denunciados y las empresas El Mercurio y Copesa.

i) La Ley de Compras públicas establece el “Tribunal de Contratación Pública”, órgano jurisdiccional competente para conocer la acción de impugnación de lo procedimientos administrativo de contratación, entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, al que nunca ha recurrido el demandante a pesar de estar inscrito en los Registros Electrónico de Proveedores del Estado, cuando los demandados han adjudicado a otros medios la publicidad y el avisaje;

2.2 Que atendido lo expuesto el Consejo de Defensa del Estado solicita a este Tribunal:

(i) Que se declare que el Estado y los ministerios denunciados no han incurrido en prácticas anticompetitivas al contratar publicidad y avisaje, y tampoco en conductas descritas en el artículo 37 de la Ley de Prensa. Que el Estado y los demandados se han ceñido a la normativa aplicable a la contratación pública.

(ii) Que el Estado y los ministerios demandados no son agentes económicos al invertir en avisaje publicitario en medios escritos, ni realizan actividad económica alguna.

(iii) Que se rechace la demanda en todas sus partes, con costas.

3. Que la resolución que recibió la causa a prueba estableció como hecho, pertinente, sustancial y controvertido el siguiente:

“Procedimientos y criterios utilizados por los ministerios de Hacienda, Justicia y Planificación para efectos de determinar los medios escritos en los que realizaron avisaje publicitario a partir del mes de agosto del año 2006.”

3.1. Que por la demandante declararon los siguientes testigos: (i) Faride Zerán Chelech, periodista y académica; Juan Pablo Cárdenas Squella, periodista y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

académico; (iii) Abraham Santibáñez, periodista y académico, Presidente del Colegio de Periodistas; (iv) Marco Enriquez-Ominami Gumucio, Diputado de la República; y, (v) Walter Krohne Toro, periodista, politólogo y académico;

3.2. Que por las demandadas declararon: (i) Pablo Prüssing Fuchslocher, abogado de la DCCP; (ii) María Trinidad Inostroza Castro, abogada, Jefa de la Dirección Jurídica de la DCCP; (iii) Andrea Soto Araya, abogada de Mideplan; (iv) Ciro Cornejo Lorca, abogado del Departamento Administrativo del Ministerio de Justicia;

3.3 Que la demandante acompañó los siguientes documentos al proceso: (i) cartas a los Presidentes Lagos y Bachelet del Director de RPF haciéndoles presente la situación materia de la demanda; (ii) copias de capítulos seleccionados del libro “ Las dos caras de la Libertad de Expresión en Chile” de Walter Krohne; (iii) copia de entrevista a Juan Pablo Cárdenas publicada en página web PiensaChile.com; (iv) copia del documento “Análisis distribución avisaje publicitario de la empresas estatales”, elaborado por el observatorio de medios “Fucatel”; (v) copia de la presentación del Colegio de Periodistas de Chile ante la Comisión especial de la Cámara de Diputados para investigar materias relacionadas con el avisaje estatal; y, (vi) copia del Informe de dicha Comisión de la Cámara Baja;

3.4 Que, por su parte, el CDE acompañó a los autos los siguientes documentos: (i) copia de Oficio de Mideplan a la Cámara de Diputados con información del gasto global en publicidad de esa cartera entre los años 2005 y mediados de 2008; (ii) copia de Informe del Ministerio de Justicia relativo a los programas en publicidad y avisaje de esa cartera entre los años 2005 y 2008; (iii) copia del manual de adquisiciones del Ministerio de Justicia; (iv) copia del Informe emitido por el Jefe de la División Jurídica de la FNE en el año 2007, que concluye que no hay indicios de existencia de infracción a la libre competencia denunciada por el director de RPF, en términos similares a la demanda de autos y; (v) copia de resolución del Sr. Fiscal Nacional Económico que desestima la denuncia mencionada;

3.5 Que, en respuesta a los enviados por este Tribunal, se recibieron los siguientes oficios: (i) resumen y detalle de los avisos contratados por los ministerios demandados en los diarios El Mercurio, La Segunda y Las Últimas Noticias entre agosto de 2006 y diciembre de 2008 e indicación del procedimiento de contratación, remitido por Empresa El Mercurio S.A.P; (ii) similar información remitida por Copesa; (iii) informe de la comisión especial investigadora de la Cámara de Diputados sobre Avisaje del Estado, remitido por esa corporación, y; (iv) respuestas de la Sra. Ministra de Mideplan y de los Señores Ministros de Hacienda y Justicia a cuestionarios remitidos por el Tribunal, en los que se les consultó sobre los mecanismos y procedimientos para la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contratación de avisaje y publicidad; el avisaje efectivamente contratado por esas reparticiones públicas; los procedimientos usados en cada caso y montos gastados; la normativa aplicable a los procesos de compras y los criterios aplicados en ellos para adjudicar la contratación a los medios seleccionados; las fuentes de información usadas por las carteras para conocer el tiraje de medios y los niveles de lectoría; la importancia otorgada a la línea editorial de los medios para la decisión de contratación y, por último, si han contratado avisaje con la demandante.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

En cuanto a las tachas deducidas

Primero: Que a fojas 125 el Consejo de Defensa del Estado, en representación de las demandadas, formuló tacha respecto de la testigo doña Faride Zerán Chelech, presentada por la parte de Revista Punto Final, invocando la causal establecida en el N° 7 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, atendido que la testigo manifestó haber sido adherente de una presentación realizada en contra del Estado de Chile en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de lo que denomina “caso de Elena Varela”, de lo que se deduce que en una ocasión anterior ha manifestado su voluntad en orden a que el Estado de Chile sea condenado en un proceso.

De la tacha se confirió traslado a la demandante, quien solicitó su rechazo, con costas, atendido que el testigo sólo señaló haber ejercido un derecho de expresión en un caso determinado, no pudiendo seguirse de ello una enemistad grave con el Estado de Chile, teniendo presente que su intervención en el caso en cuestión – la manifestación de apoyo a la acción emprendida ante un organismo internacional- fue accesorio y no actuó como demandante en el mismo, agregando que una supuesta enemistad debe manifestarse por hechos graves;

Segundo: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha deducida, ésta será rechazada, sin costas, por considerar este Tribunal que no es posible establecer, a partir de su adhesión en un caso determinado a una acción en sede internacional en la que se reprocha una actuación específica de determinados agentes del Estado respecto de una ciudadana, la existencia de enemistad o animadversión de la testigo respecto del Estado Chileno. En efecto los hechos y circunstancias invocados como fundamento de la supuesta inhabilidad para declarar en el proceso de autos, no son lo suficientemente graves como para configurarla, al tenor de lo exigido por el N° 7 del artículo 358 del Código de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Procedimiento Civil. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

Tercero: Que, a su turno, a fojas 695, la parte de Revista Punto Final formuló tacha respecto del testigo señor Ciro Andrés Cornejo Lorca, presentado por las demandadas, invocando la causal establecida en el artículo 358, N° 4, del Código de Procedimiento Civil. En la presentación que rola a fojas 719 y siguientes, la parte demandante funda la tacha en que el Sr. Cornejo cumple funciones como abogado jefe del Área Legal del Departamento Administrativo del Ministerio de Justicia, repartición demandada en autos y en que, por ello, tiene la calidad de dependiente de la misma.

De la tacha referida se confirió traslado, el que fue contestado por el CDE a fojas 727, organismo que solicitó se rechace en razón de que el carácter de funcionario público no es asimilable al de dependiente aludido en el artículo 358, N° 4 del Código de Procedimiento Civil, pues no existe una estrecha vinculación de dependencia entre el testigo y la parte que lo presenta, pues el profesional en cuestión es remunerado por el Estado, y sus atribuciones, deberes y hasta su permanencia en su cargo dependen de lo preceptuado en la ley;

Cuarto: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha deducida, ésta se desestimaré, por compartir este Tribunal los argumentos esgrimidos por el Consejo de Defensa del Estado, en orden a que el empleo público está reglado por la ley, tanto en lo concerniente a los deberes que pesan sobre los funcionarios públicos y respecto de los derechos que les asisten, como en lo referente a los requisitos de ingreso, permanencia y cese en sus funciones, por lo que no es dable esperar que el hecho de laborar en el Estado, o que éste sea jurídicamente su empleador, sean circunstancias que puedan afectar la imparcialidad del testigo para declarar en esta causa. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a las declaraciones de los testigos de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

Quinto: Que la parte demandante, a fojas 673 y 686, formuló también tachas respecto de los testigos señor Pablo Prüssing Fuchslocher y señora María Trinidad Inostroza Castro respectivamente, funcionarios ambos de la Dirección de Compras y Contratación Pública del Ministerio de Hacienda presentados por las demandadas, invocando la causal establecida en el N° 4 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil y argumentando que dichos testigos serían inhábiles por ser

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dependientes de la parte que lo presenta. Los fundamentos de las tachas fueron expuestos por la demandante en su presentación de fojas 713 y 715 y, en síntesis, consisten en que los testigos prestan servicios habituales retribuidos a la referida repartición, que es un servicio público descentralizado dependiente del Ministerio de Hacienda –demandado en autos-, en su calidad de abogado y abogada jefa de su dirección jurídica, respectivamente.

De esas tachas se confirieron traslados, los que fueron contestados por el CDE en una única presentación que corre a fojas 741, donde solicitó que fueran desestimadas, atendidos similares argumentos que los esgrimidos para solicitar el rechazo de la tacha el señor Cornejo Lorca;

Sexto: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a las tachas deducidas, éstas se desestimarán, por idénticas consideraciones expuestas en el razonamiento cuarto. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a las declaraciones de los testigos de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

En cuanto al fondo:

Séptimo: Que, como consta en la parte expositiva de la sentencia, la Revista Punto Final ha demandado a los ministerios de Hacienda, de Justicia y de Planificación y Cooperación, por considerar que la contratación de avisaje en medios escritos que realizan esas reparticiones se habría concentrado, en las últimas décadas, a su juicio injustificadamente, en las dos grandes cadenas periodísticas –las de El Mercurio S.A.P y Consorcio Periodístico S.A. (Copesa), en desmedro de otras empresas del rubro -entre ellas la actora-, a las que denomina “prensa independiente”, vulnerando con ello las normas de defensa de la libre competencia contenidas en el Decreto Ley N° 211 y lo dispuesto en el artículo 37 de la ley 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, en adelante también “Ley de Prensa”. Esta última disposición legal señalaba lo siguiente: *“Para efectos de lo dispuesto en el decreto ley N° 211, de 1973, se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones, que tienden a impedir la libre competencia, los que entran en la producción de informaciones, el transporte, la distribución, circulación, el avisaje y la comercialización de los medios de comunicación”*. Cabe hacer presente que el artículo en cuestión fue derogado con la dictación de la Ley 20.361, publicada en Diario Oficial el día 13 de julio de 2009 y que entró en vigencia el día 12 de octubre del año en curso;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octavo: Que en descargo de las acusaciones realizadas en contra de las demandadas, el Consejo de Defensa del Estado arguye, fundamentalmente, que aquellas han actuado siempre conforme a sus facultades constitucionales, legales y reglamentarias, ciñéndose estrictamente a la ley 19.886 de Compras Públicas y su reglamento, contenido en el Decreto Supremo 250 de 2004 del Ministerio de Hacienda y, en consecuencia, no han podido infringir ni el Decreto Ley N° 211 ni la Ley de Prensa;

Noveno: Que en otro orden de cosas, el Consejo de Defensa del Estado arguyó que la actora carece de legitimación activa o interés en la acción intentada en autos, pues no tiene la calidad de sujeto pasivo, actual o potencial, ni de víctima concreta del injusto que se reprocha en los términos del artículo 3° del D.L. N° 211 ni del artículo 37° de la ley 19.733 -hoy, como se dijo, derogado-. Lo anterior en razón de que la actora no ostenta la calidad de competidor en el mercado respectivo y no se ha lesionado o puesto en riesgo, por tanto, su capacidad de competir en él, toda vez que ni siquiera participó en el proceso licitatorio que cuestiona ni pudo hacerlo, pues no reúne los requisitos para prestar el servicio requerido.

Décimo: Que, adicionalmente, la defensa de las demandadas sostuvo que el Estado no es un agente económico en los términos considerados en la legislación para la defensa de la competencia contenida en el D.L. N° 211 en relación a la ley 19733 y no desarrolla una actividad económica en la materia denunciada en la demanda;

Undécimo: Que, como cuestión preliminar, este Tribunal desestimaré esta última alegación, toda vez que se ha resuelto reiteradamente que toda persona, sea natural o jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro, que concorra individual o colectivamente a un mercado –siendo indiferente si lo hace como oferente de bienes o servicios o, como en el caso de autos, en calidad de demandante de ellos, o en ambos roles–, debe ceñirse a la normativa de orden público contenida en el Decreto Ley N° 211, cuyo artículo 3°, inciso primero, no hace distingo alguno referido a fines o calidades. Así, por ejemplo, este Tribunal ha resuelto conflictos en el que organismos del Estado han sido denunciados por su actuación como agente económico en diversas sentencias entre las que se cuentan las número 11, 13, 14, 20, 32, 34, 37, 44, 67, 77 y 81;

Duodécimo: Que entrando derechamente al análisis de las conductas imputadas en la demanda, cabe tener presente que ellas dicen relación con supuestas conductas discriminatorias que habrían sido cometidas durante un largo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

período –no acotado con precisión por la actora- por reparticiones del Estado, afectando la competencia en el mercado y causando con ello daño económico a varios medios de comunicación escrita, entre los que se cuenta la actora;

Decimotercero: Que a fojas 7, la demandante expresa que el origen de la controversia radica principalmente en la inversión publicitaria del Estado en prensa escrita. Asimismo, el CDE señala, a fojas 56, que la materia que corresponde analizar respecto de las eventuales infracciones a la libre competencia denunciadas por la Revista Punto Final, es la inversión publicitaria que el Estado y específicamente los ministerios demandados, realicen para el cumplimiento de sus fines y objetivos;

Decimocuarto: Que este Tribunal es de la opinión que el gasto que el Estado –y en particular los ministerios de Hacienda, de Justicia y de Planificación y Cooperación- realizan en prensa escrita, no puede ser considerado como un mercado en sí mismo, ya que éstos son sólo demandantes -entre muchos otros- de publicidad en prensa escrita;

Decimoquinto: Que así, a juicio de este Tribunal, el mercado relevante para efectos de esta causa, es el de la prensa escrita, sin perjuicio de que las conductas denunciadas se relacionan directamente con el avisaje en la prensa escrita y, específicamente, con la inversión en publicidad realizada por el Estado en dichos medios de comunicación;

Decimosexto: Que el mercado relevante ya definido, es un mercado de aquellos a los que la literatura económica aplica el esquema analítico de mercado con demanda bilateral (“*two-sided markets*”) –en los que un mismo producto o servicio basa su existencia en la condición de ser demandado por dos grupos distintos- pues se trata de diarios con venta de ejemplares y publicidad. Esta característica es la que lleva a que en algunos casos el equilibrio de mercado se logre incluso regalando un periódico que obviamente tiene un costo. Esa es la misma conclusión a que arriba el informe del jefe de la división jurídica de la Fiscalía Nacional Económica rolante a fojas 475 y siguientes de autos, que sirvió de antecedente a la resolución del Sr. Fiscal Nacional Económico que ordenó el archivo de la denuncia efectuada ante ese organismo, por los mismos hechos que dieron origen a la demanda de autos, y que rola a fojas 474 de autos. Dicho informe señala que, en el caso de la prensa escrita, uno de los grupos de demandantes son los lectores, que demandan información, y el otro son los avisadores, que demandan espacios para avisaje y publicidad en las materias de su interés. Entre ambos grupos existen claras economías de red, en el sentido que la demanda de un grupo de usuarios incrementa la demanda del otro grupo de demandantes. El efecto positivo que tiene la demanda de cada grupo en la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

demanda del grupo complementario es una externalidad positiva de demanda, que se produciría en este caso;

Decimoséptimo: Que la bilateralidad antes descrita debiera implicar que el Estado, en su obligación de utilizar en forma lo más eficiente posible los recursos fiscales, en cuanto usuario de los medios de comunicación social, y como cualquier agente económico que participa en este mercado, debe velar por que sus avisos sean conocidos por la mayor cantidad de lectores del público objetivo al que se quiere llegar, al mínimo costo posible;

Decimoctavo: Que precisamente con ese fin -y para minimizar los riesgos de ocurrencia de discriminaciones arbitrarias y de mal uso de recursos fiscales, que podrían además infringir la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 22 de nuestra Carta Fundamental-, es que se han establecido estrictos procedimientos para la contratación pública, entre ellos los contenidos en la Ley 19.886 de Compras Públicas y su reglamento (D.S. 250 de 2004 del M. de Hacienda). En autos no se ha sostenido que dichas normas hayan sido infringidas en modo alguno y, es un hecho no controvertido que la demandante, estando afiliada a los Registros Electrónicos de Proveedores del Estado, no habría recurrido al Tribunal de Contratación Pública, establecido en la Ley de Compras Públicas, cuando los demandados han adjudicado a otros medios la publicidad y el avisaje;

Decimonoveno: Que, sin perjuicio de lo anterior, y como esta judicatura ha resuelto anteriormente -por ejemplo en la sentencia N° 77/2008- la circunstancia de que los actos y contratos a que se refiere esta causa, esto es, la contratación por parte de los ministerios demandados de avisaje estatal, se realicen con sujeción plena a procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos, no implica que dichos actos o contratos no deban sujetarse también a lo preceptuado en la legislación de defensa de la libre competencia la que, por lo demás, es de orden público. Ello por cuanto, si bien es cierto que hay bienes jurídicos determinados que la legislación sobre contratación pública persigue resguardar, concurrentemente en la actividad económica del Estado, cuando éste actúa como oferente o demandante de bienes y servicios en los mercados, pueden verse afectados otros bienes jurídicos como aquellos que han de ser tutelados en esta sede;

Vigésimo: Que este Tribunal analizará entonces si en la especie se encuentra acreditado en el proceso que las demandadas, al invertir en publicidad en prensa escrita, han discriminado arbitrariamente en contra de Punto Final o han realizado cualquier otro acto que constituya una infracción de aquellas descritas en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, pues el artículo 37 de la Ley N° 19.733, de libertad

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de opinión e información, vigente al momento de interponer la demanda de autos, está hoy derogado;

Vigésimo primero: Que ello estará referido a un período que se extiende hasta los dos años contados hacia atrás desde la fecha de la interposición de la demanda, habida cuenta que el texto vigente, al momento de interponer la misma, del artículo 20º inciso tercero del Decreto Ley N° 211, establecía que las acciones contempladas en dicho cuerpo legal, prescribían en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Cabe tener presente que la demanda de autos fue interpuesta el día 24 de julio de 2008, fecha muy anterior al 12 de octubre de 2009, en la que entraron en vigencia las modificaciones al Decreto Ley N° 211 introducidas por la ley 20.361, que ampliaron el plazo en cuestión a tres años para las infracciones a la Ley para la Defensa de la Libre Competencia en general, con excepción de las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3º de dicha ley, para las que se contempla un término de prescripción de cinco años. En consecuencia, teniendo presente lo dispuesto en la Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes, este Tribunal deberá limitarse a juzgar las conductas de las demandadas en el termino comprendido entre los días 24 de julio de 2006 y 24 de julio de 2008;

Vigésimo segundo: Que, en primer término, de las alegaciones formuladas por el CDE a fojas 69 y 70, de los testimonios contenidos a fojas 672 y siguientes y 684 y siguientes, de los antecedentes que constan a fojas 773, 791 y 823 y de las declaraciones de los testigos presentados por el Consejo de Defensa del Estado a fojas 690 y 694, antecedentes todos que no han sido contradichos por prueba alguna en autos, puede concluirse que entre los días 24 de julio de 2006 y 24 de julio de 2008, las demandadas ajustaron sus procedimientos de contratación de avisaje al marco regulatorio establecido en la ley N°19.886, de 2003 y su reglamento;

Vigésimo tercero: Que, en lo que dice relación con la Revista Punto Final, de los distintos antecedentes que obran en autos, en particular de la información contenida en la contestación de la demanda de autos por parte del CDE, específicamente, a fojas 69 y 70 y de los testimonios contenidos a fojas 672 y siguientes y 684 y siguientes, consta que, a pesar de estar inscrita en los registros que la habilitan para hacerlo, la Revista Punto Final no concursó en los procesos licitatorios de avisaje realizados por la Dirección de Compras y Contratación Pública en el período señalado en la consideración anterior y tampoco en el año 2005, esto es, las licitaciones de convenios marcos 22390-16-LP 05 y 2239-31-LP06, hecho que se tiene por acreditado, toda vez que no obra en autos antecedente alguno que permita

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

desvirtuarlo, por lo que mal podría la demandante reclamar por no haber sido adjudicada en las mismas;

Vigésimo cuarto: Que los únicos antecedentes que obran en el proceso acerca de las participaciones de los oferentes en el mercado de la prensa escrita están contenidos en la propia demanda y en el referido informe de la FNE, el que indica que la participación de mercado, en términos de circulación de periódicos, a diciembre de 2006, fue de un 53% para los periódicos de Empresas El Mercurio S.A.P., y un 43% para los de Copesa S.A. y que los restantes medios tienen una participación muy escasa. Que en el mismo sentido, como se dijo en lo expositivo, la propia demandante, cita un libro de don Walter Krohne, que testificó en autos, en el que sostiene que El Mercurio y La Tercera tienen un tiraje de 600.000 ejemplares y los medios escritos que denomina “independientes” como *RPF, The Clinic, El Periodista, El Siglo, Le Monde Diplomatique* y la desaparecida revista *Rocinante*, uno de alrededor de 5.580 ejemplares. Según la actora, lo anterior no derivaría de la eficiencia empresarial de los grandes medios mencionados sino del fortalecimiento de los mismos derivado de la publicidad, el avisaje y el crédito oficial o público. Sin embargo, esta afirmación, que no se acreditó de modo alguno en el proceso, no parece tampoco probable si se considera que, según se indica a fojas 479, en el informe de la FNE, “*Con todo, las cifras de avisaje estatal son un porcentaje ínfimo de los ingresos por publicidad de los dos principales consorcios periodísticos*”.

Vigésimo quinto: Que en efecto, el informe de la Comisión Especial Investigadora sobre el Avisaje de Estado de la Honorable Cámara de Diputados, rolante a fojas 325 y siguientes, concluye, sobre la base de datos proporcionados por la Dirección de Presupuesto, que la inversión y/o gasto del Estado de Chile en avisaje, es marginal en relación con la empresa privada. El Informe señala que el Estado gastó 13.570 millones de pesos en el año 2004, 21.000 millones de pesos en el año 2005 y 10.000 millones de pesos al mes de agosto de 2006, siendo que el total de gasto en publicidad en medios de comunicación en general es del orden de los 700 millones de dólares. Esto significa que si se considera el tipo de cambio del 19 de julio de 2007, fecha en que se firmó el referido Informe, el gasto estatal en avisaje, representaría aproximadamente un 4% del gasto total por este concepto;

Vigésimo sexto: Que con respecto a esto último, cabe tener presente que estas cifras, al parecer, no estarían desagregadas de modo tal que permita tener la información precisa en lo referente a la prensa escrita en particular. De cualquier forma, aun cuando la inversión en publicidad en prensa escrita realizada por el Estado fuese marginal respecto de la de los particulares, probablemente representaría una fuente de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ingresos relevante para cualquier medio escrito, especialmente los de menor tamaño relativo, tales como los de alcance geográfico limitado y aquellos que apuntan a un nicho del público muy específico;

Vigésimo séptimo: Que, por su parte, la propia demanda indica que, un 48% de la inversión estatal en el período indicado habría sido realizada en los diarios de la empresa El Mercurio, un 29% en los diarios del grupo COPESA y un 15% en otros medios de prensa independiente. En consecuencia, según los antecedentes antes indicados, el avisaje estatal en los medios de prensa más pequeños habría sido incluso superior a sus participaciones de mercado, y el avisaje en los diarios de El Mercurio S.A.P. y Copesa S.A. inferior a las mismas. Cabe tener presente que no existen antecedentes en autos que permitan saber si estas cifras fueron elaboradas o no incluyendo en esos cálculos al Diario Oficial –destinatario de parte significativa del avisaje de los órganos públicos por mandato legal- ya sea autónomamente o como parte del diario La Nación S.A. dato que podría modificar las participaciones de mercado relevantes para efectos de esta causa;

Vigésimo octavo: Que a mayor abundamiento, cabe señalar, que no se rindió en autos prueba alguna que demuestre que la demandante tenga una razonable circulación en algún segmento del mercado que justifique una inversión estatal en dicho medio mayor a la existente;

Vigésimo noveno: Que, en conclusión, no existe en el expediente del proceso antecedente probatorio alguno que permita acreditar que las demandadas hayan discriminado arbitrariamente en contra de la demandante en la contratación de avisaje estatal, ni antecedentes económicos que permitan concluir que las demandadas debieron contratar una mayor cantidad de avisaje en la Revista Punto Final;

Trigésimo: Que de las consideraciones anteriores queda de manifiesto, entonces, que no está acreditado en autos la existencia de infracciones al Decreto Ley N° 211 atribuibles a los ministerios demandados que hayan podido afectar a la actora en lo que dice relación con su posibilidad de competir en el mercado relevante en el período analizado, por lo que la demanda debe ser desestimada;

Trigésimo primero: Que sin perjuicio de todo lo antes razonado, este Tribunal estima importante realizar algunas consideraciones respecto de las características del mercado de los medios de comunicación escritos y la necesaria coherencia que debe guardar la forma en que se asigna el avisaje estatal con dichas características;

Trigésimo segundo: Que, en concepto de este Tribunal, es público y notorio que uno de los factores importantes que diferencian a los medios de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comunicación en general y los escritos en particular, es el alcance o cobertura de público al que llegan, tanto desde un punto de vista geográfico como desde la perspectiva del segmento de la población al que están destinados. Así, algunos medios de comunicación escritos privilegian la masividad y el pluralismo y otros, en cambio, pretenden desarrollarse en un determinado nicho de lectores;

Trigésimo tercero: Que, en consecuencia, a juicio de estos sentenciadores la adjudicación del avisaje estatal en medios de comunicación escrito debiera considerar –tal como obviamente lo hacen las empresas o particulares que contratan avisaje–, además de los factores relacionados con los costos que debe asumir el Estado, la circunstancia de que el medio seleccionado para enviar un mensaje sea el idóneo para alcanzar a la mayor cantidad de destinatarios entre aquellos a los que va dirigido. Al respecto, consta a fojas 794 que, el Ministerio de Hacienda considera que la determinación de los criterios utilizados para la elección de los adjudicatarios “...se encuentra entregado a la Dirección de Compras Públicas (sic), ente que selecciona, mediante licitación pública, los prestadores autorizados para todos los organismos afectos al sistema electrónico de adquisiciones, no teniendo, por ende, ni este ni ninguno de los servicios de la Administración del Estado injerencia en el proceso de selección de los oferentes, limitándose a encargar sus adquisiciones a proveedores validados por la Dirección precitada”;

Trigésimo cuarto: Que de los antecedentes proporcionados por las propias demandadas y que rolan a fojas 773 y siguientes, 166 y siguientes y 784 y siguientes, para el caso de Mideplan, 791 y siguientes, para el del Ministerio de Justicia y 824 para el del Ministerio de Hacienda, de las alternativas que la ley 19886 entrega para efecto de adjudicar la adquisición de bienes y servicios por parte de los ministerios denunciados en autos, se desprende que éstos utilizan prácticamente en forma exclusiva los sistemas de “convenio marco” y “contratación directa”, procedimiento, este último, que la ley antes referida contempla como excepcional. Así, en los casos informados en autos, el Ministerio de Justicia contrató su avisaje mediante convenio marco en un 85% de ellos y mediante contratación directa en un 15% (lo que podría tener explicación en la relación que tiene con el Diario Oficial). Por su parte, Mideplan, en los casos informados en autos, utilizó en un 65% de las ocasiones el mecanismo de convenio marco y en un 35% el de contratación directa;

Trigésimo quinto: Que lo anterior implica que las secretarías de Estado en cuestión deciden principalmente los medios a contratar de entre aquellos que se han adjudicado la suscripción de un convenio general de suministro de un bien o servicio al Estado por un período relativamente prolongado en una licitación, convocada por la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Dirección de Compras y Contratación Pública (convenio marco), o derechamente, contratando al proveedor que les ofrezca mejores condiciones económicas que las contenidas en el convenio marco vigente (contratación directa);

Trigésimo sexto: Que la práctica de utilizar estos mecanismos de adjudicación entrega a los funcionarios encargados de seleccionar, en cada caso específico, al proveedor para contratar el avisaje determinado, un amplio margen de discrecionalidad que podría implicar riesgos para la competencia en el mercado respectivo. En la utilización de ese margen de discrecionalidad los funcionarios debiesen, siempre y en todo caso, ajustarse a las normas de orden público sobre defensa de la competencia contenidas en el Decreto Ley N° 211;

Trigésimo séptimo: Que, en esa misma línea, y también con miras a adoptar las mejores prácticas en la adjudicación de avisaje, es aconsejable que la Dirección de Compras Públicas o, en su caso, los propios ministerios o servicios públicos, además de utilizar el “auto-reporte” que los propios interesados en ganar un concurso les entregan -mecanismo usado según reconoce el Consejo de Defensa del Estado a fojas 66 y Mideplan a fojas 781- debiera utilizar toda aquella información razonablemente disponible relativa a tiraje, lectoría y público objetivo al que llegan. Al efecto, según consta en autos, existen empresas especializadas en el mercado a las que puede recurrir el Estado directamente para obtener dicha información, asegurando así, por un lado, la exactitud de la misma y minimizando, por el otro, que una eventual asimetría en los recursos de las empresas periodísticas pueda afectar la posibilidad de alguna de ellas de participar en una licitación;

Trigésimo octavo: Que, en síntesis, desde el punto de vista de la competencia en este mercado, es deseable que los órganos del Estado que avisan en los medios escritos de comunicación recaben al menos la información mínima indispensable para poder decidir qué medio es el más idóneo para transmitir un determinado mensaje, lo que supone que dichos órganos accedan -previo a las adjudicaciones y en el marco de los procesos licitatorios- a información sobre tiraje y lectoría lo más precisa que sea posible, tanto en términos generales como en lo relativo a los distintos segmentos de mercado a los que esté dirigido un determinado medio de comunicación;

Trigésimo noveno: Que por esa razón, y para efectos de asegurar la libre competencia en la industria de los medios de comunicación escritos, este Tribunal estima que la inversión de publicidad estatal debe efectuarse bajo criterios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

transparentes, objetivos, no discriminatorios lo que se facilitaría si se realiza mediante procesos de adjudicación en los que se recabe la información necesaria para tomar decisiones técnicamente fundadas, transparentes y objetivas por parte de la autoridad.

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 18º N° 1), 26º y 29º del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170 N° 6 del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE:

1) Rechazar las tachas interpuestas en contra de los testigos señora Faride Zerán Chelech, señor Ciro Andrés Cornejo Lorca, señor Pablo Prüssing Fuchslocher y señora María Trinidad Inostroza Castro; y,

2) Rechazar la demanda interpuesta, a fojas 7, por la Sociedad Editora, Impresora y Distribuidora de Publicaciones y Videos Punto Final S.A. en contra de los Ministerios de Hacienda, de Justicia y de Planificación y Cooperación, sin costas.

Notifíquese a las partes y transcríbase al señor Fiscal Nacional Económico y al Sr. Director de la Dirección de Compras y Contratación Pública, archívese en su oportunidad.

Rol C N° 171-08.

Pronunciada por los Ministros Sr. Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sr. Julio Peña Torres. No firma la ministra Sra. Butelmann, no obstante concurrir al acuerdo, por estar ausente. Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Javier Velozo Alcaide.