

Santiago, a seis de noviembre de dos mil dos.

Vistos:

1.- Se presenta ante la Fiscalía Nacional Económica la empresa Zhar Publicidad S.A solicitando se investigue el hecho de que la I. Municipalidad de Recoleta ha celebrado con la empresa Grupo Sarmiento S.A. un contrato de exclusividad que le permite instalar elementos publicitarios en la comuna, dejando afuera a esta empresa y a todo otro posible competidor.

Añade que el 16 de agosto de 2001 la I. Municipalidad de Recoleta celebró un contrato con la empresa de publicidad Grupo Sarmiento S.A. por medio del cual se le otorgó el derecho exclusivo para explotar el mobiliario urbano, para lo cual el Municipio puso término a los convenios y permisos que había concedido a otras empresas, entre ellas la denunciante.

Que, además, el mismo día 16 de agosto de 2001 la denunciante fue notificada del término de dos convenios que tenía vigentes hasta ese momento, que eran uno relativo a 20 relojes o paletas publicitarias, y el segundo relativo a 33 refugios peatonales con publicidad, que les permitían instalar elementos publicitarios hasta el año 2004.

Señala que el contrato suscrito entre la I. Municipalidad de Recoleta y el Grupo Sarmiento S.A. tiene elementos que atentan en contra de la libre competencia en lo que se refiere a publicidad en bienes nacionales de uso público, toda vez que confiere a ésta la exclusividad para explotar el mobiliario urbano; obliga a la I. Municipalidad a no otorgar concesión ni permiso precario alguno de carácter publicitario a terceros; y se obliga a efectuar el retiro de todo elemento mobiliario urbano que contenga espacios publicitarios dentro de 4 meses contados desde la fecha del contrato, y en el evento de que así no ocurriese, faculta al Grupo Sarmiento S.A. para descontar proporcionalmente del canon anual las sumas que dejen de percibir por la existencia de publicidad no autorizada.

Que en consecuencia la I. Municipalidad puso término a los convenios con Zhar Publicidad para entregar la exclusividad a un tercero a través de un aparente permiso precario, que en realidad no es otra cosa que una concesión pues otorga un derecho de uso exclusivo pero sin estar precedido de una propuesta pública.

Añade que el artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades señala que la celebración de contratos y el otorgamiento de las concesiones se hará previa licitación

REPUBLICA DE CHILE

COMISION RESOLUTIVA

pública en el caso que los contratos o el valor de los bienes exceda de 200 UTM o, tratándose de concesiones, si el total de los derechos o prestaciones que deba pagar el concesionario sea superior a 100 UTM y en el caso de que se trata la empresa debe pagar a la I. Municipalidad un canon de \$ 150.000.000 y que, además, se trata de una concesión por 8 años prorrogables por uno o más períodos de 8 años.

Solicita que la Fiscalía Nacional Económica se avoque al conocimiento del contrato debiendo adoptarse todas las providencias necesarias para que no surta todos sus efectos.

2.- La Fiscalía Nacional Económica solicita informe a la I. Municipalidad de Recoleta y a fs. 52 del expediente de investigación Rol N° 406-01 la denunciada señala:

- a) Que no convocó a licitación pública a objeto de otorgar la concesión para instalar, con el carácter de exclusivos, elementos publicitarios en la comuna ya que en uso de sus facultades administrativas, otorgó un permiso de uso precario y no una concesión y respecto de estos no es necesario llamar a licitación.
- b) Que las razones jurídicas que se tuvieron en cuenta para otorgar el permiso de uso a la empresa Grupo Sarmiento se entiende de las atribuciones esenciales y facultades privativas que tienen las Municipalidades.
- c) Que las razones jurídicas que se tuvieron en cuenta para poner término a los convenios de uso de bienes nacionales de uso público celebrados con otras empresas, se desprenden de los artículos 5°, letra c, 36, 63, letras f y g de la ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, disposiciones que tratan de las facultades y atribuciones de los municipios respecto de la administración de los bienes municipales y bienes nacionales de uso público.

3.- A fs. 59 del expediente de investigación informa la Fiscalía Nacional Económica a la Comisión Preventiva Central y señala:

- a) La facultad que tienen los alcaldes para otorgar concesiones o permisos sobre los bienes nacionales de uso público de la comuna no los autoriza conceder a una sola empresa el monopolio o derecho exclusivo para usar dichos bienes para ejercer una determinada actividad económica, como lo es la publicidad, ya que contravendría la prohibición contenida en el artículo 4° del Decreto Ley N° 211 según el cual no podrá otorgarse a particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades económicas tales como extractivas, industriales, comerciales o de servicios.
- b) Mediante el contrato la I. Municipalidad de Recoleta ha otorgado a la sociedad Grupo Sarmiento el monopolio o derecho exclusivo para el diseño, fabricación, instalación, mantención y explotación del mobiliario urbano, con soporte publicitario, en los bienes nacionales de uso público de esa comuna.

REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA

c) No obstante el carácter eminentemente precario de los permisos y el hecho de que el Alcalde está legalmente facultado para ponerles término, sin derecho a indemnización, el ejercicio de esta facultad debe revestir cierta mínima transparencia, la que no se advierte, ya que las razones esgrimidas para poner término a los contratos celebrados con la denunciante, esto es, necesidad de ordenar el espacio público de la comuna, es vago e impreciso.

A su vez, el contexto general de la situación denunciada, esto es, la exclusividad y el plazo de compromiso, desde el punto de vista de la competencia, tiene efectos muy similares a los de una concesión y por lo tanto se le deben hacer las mismas exigencias que a esta última.

Añade que esta Comisión Resolutiva estableció mediante la Resolución N° 156, de 15 de septiembre de 1983, en relación a las concesiones de playas o terrenos de playa y que según la Fiscalía son aplicables al presente caso, las siguientes limitaciones:

- a) debe limitarse a una determinada extensión de playa o terreno indispensable para el objeto de la misma;
- b) el plazo de la concesión debe ser breve, sin que pueda renovarse automáticamente;
- a) la concesión debe ser objeto de una previa licitación pública;
- b) si en un mismo lugar se ofrecen varias concesiones, no debe asignarse terrenos contiguos a una misma persona o empresa; y,
- c) fuera del territorio de la concesión no deben negarse patentes ni permisos a quienes los soliciten para realizar actividades comerciales, aún cuando sean de la misma índole a la que realiza el concesionario.

Que en consecuencia debiera conminarse al Alcalde a cumplir con las exigencias establecidas en el considerando 10 de la resolución N° 156 antes señalada

4.- A fs. 1 de este expediente rola el Dictamen N° 1198, de 15 de marzo de 2002, de la Comisión Preventiva Central, en el cual se señala que resulta evidente que, aún cuando la I. Municipalidad le dé el nombre de permiso, lo que ha otorgado es una concesión.

Que lo demuestra no sólo el plazo de 8 años renovables, sino el uso preferente, que en lo contractual adquiere el carácter de exclusivo y excluyente y debió, a juicio de esa Comisión, haber precedido una licitación pública para otorgarse válidamente.

Añade que desde el punto de vista de la normativa de la libre competencia resulta evidente que el procedimiento empleado por la I. Municipalidad la transgrede, puesto que no ha permitido la posibilidad de participar a terceros de un negocio al cual legítimamente

REPUBLICA DE CHILE

COMISION RESOLUTIVA

pudieron haber accedido, lo que constituye una barrera a la entrada a un negocio que en esencia debe admitir la pluralidad, objetividad y transparencia.

En consecuencia, la Comisión Preventiva Central acoge la denuncia y declara que el contrato transgrede las normas sobre libre competencia, en tanto no ha precedido a su concesión la correspondiente licitación pública, certamen indispensable para asegurar la debida competencia en el negocio de que se trata.

Previene a la I. Municipalidad para que dentro de un plazo de 30 días corridos ponga término a dicho contrato, bajo apercibimiento de solicitar a la Fiscalía Nacional Económica que deduzca el correspondiente requerimiento ante esta Comisión Resolutiva para la aplicación de las multas.

5.- A fs. 26 la I. Municipalidad de Recoleta deduce recurso de reclamación y señala que en el contrato suscrito con Grupo Sarmiento S.A. utilizó los medios que la ley le otorga para la buena administración de los bienes nacionales de uso público .

Que el permiso de uso en bienes nacionales de uso público es única y exclusivamente para que instalen los elementos de mobiliario urbano indicados en el contrato, siendo éstos una parte de la gran variedad de mobiliario urbano que se puede instalar para los efectos de explotarlos con fines publicitarios.

Que, en consecuencia, queda claro que si estimamos que el mercado específico es hacer publicidad vía mobiliario urbano, el contrato no afecta la libre competencia, toda vez que afecta a una parte dentro de un gran mercado que se encuentra en vías de explotación.

Solicita tener por interpuesto el recurso de reclamación, concederlo para que esta Comisión Resolutiva revoque el pronunciamiento adoptado por la Comisión Preventiva Central, deseche la denuncia formulada por Zhar Publicidad y, en definitiva, declare que el contrato de otorgamiento de permiso precario celebrado con el Grupo Sarmiento, se encuentra ajustado a la legislación vigente, en especial el Decreto Ley N° 211.

6.- A fs. 43 se hace parte en esta instancia Zhar Publicidad S.A.

7.- A fs. 48 esta Comisión Resolutiva se avoca al conocimiento del recurso y confiere traslado a las partes por el término legal.

8.- A fs. 51 evacua el traslado la I. Municipalidad de Recoleta y señala, en resumen, que ésta actuó legal y constitucionalmente al celebrar el contrato de otorgamiento de permiso

REPUBLICA DE CHILE

COMISION RESOLUTIVA

precario ya que no se encontraba obligada a actuar vía licitación, toda vez que, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley Orgánica de Municipalidades, los bienes municipales y nacionales de uso público podrán ser objeto de concesiones y permisos.

Agrega que en relación la mercado relevante y si estimamos que el mercado específico es hacer publicidad vía mobiliario urbano, el contrato no atenta en contra de la libre competencia toda vez que afecta a una parte dentro de un gran mercado que se encuentra en vías de explotación.

Solicita tener por evacuado el traslado y que se declare que el contrato de otorgamiento de permiso precario se encuentra ajustado a la legislación del Decreto Ley N° 211.

9.- A fs. 60 se hace parte la Fiscalía Nacional Económica.

10.- A fs. 69 la I. Municipalidad de Recoleta acompaña una modificación del contrato primitivo objeto de la denuncia, celebrado con Grupo Sarmiento S.A., respecto del cual se dio traslado a las partes.

11.- A fs. 73 evacua el traslado la empresa Zhar Publicidad y señala que el contrato aclaratorio no hace sino ratificar la existencia de motivos suficientes para acoger la reclamación de su representada.

12.- A fs. 74 informa la Fiscalía Nacional Económica y señala que el nuevo contrato acompañado que introduce algunas modificaciones al contrato primitivo, no resuelve la situación objetada por la Fiscalía ya que siguen sin cumplirse las exigencias fijadas por la Resolución N° 156.

Que el Municipio no ha llamado a licitación pública o privada, para el otorgamiento del permiso o concesión y continúa vigente el contrato celebrado con Grupo Sarmiento.

Que en cuanto al plazo de duración del contrato, se reemplaza la cláusula cuarta que señalaba que duraría 8 años prorrogables por períodos iguales, por una que expresa que durará 2 años, y su primera prorroga se realizará automáticamente por el lapso de 6 años, finalizada la cual, podrá prorrogarse nuevamente por períodos de 4 años.

Que respecto a la exclusividad, en la cláusula sexta si bien establece que el Municipio podrá libremente otorgar especiales concesiones o permisos a terceros diferentes del grupo Sarmiento, es necesario tener presente que el permiso otorgado a ésta última abarca un área muy amplia, que contempla las calles y avenidas más importantes de la comuna y la

REPUBLICA DE CHILE

COMISION RESOLUTIVA

protección en beneficio de la empresa se referirá a la totalidad de las calles y avenidas y alcanzará una extensión de 50 a 100 mts. lineales medidos desde la esquina en que se produzca la intersección; obliga a la Municipalidad a abstenerse de otorgar permisos y concesiones y/o autorizaciones para la instalación de elementos publicitarios similares, sin previa autorización escrita de la empresa y se mantiene el derecho de opción preferente de la misma para el evento que el Municipio aumente el número de elementos publicitarios.

Que respecto a las causales de extinción señala que, no obstante que la denunciada ha expresado que por tratarse de un permiso precario puede poner término al contrato, la nueva cláusula séptima se limita a agregar las siguientes causales: por voluntad de la I. Municipalidad de no prorrogar el permiso precario, de acuerdo con lo dispuesto en el número 2 de la cláusula cuarta, que se refiere a las prórrogas siguientes a la primera de 6 años, lo que refuerza el hecho de que en los primeros 8 años el contrato no podría ser dejado sin efecto por la I. Municipalidad.

13.- A fs. 78 esta Comisión estimó que no existían hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos y ordenó traer los autos en relación.

14.- Con fecha 16 de octubre de 2002 tuvo lugar la vista de la causa, alegando los abogados de las partes y quedando los autos en estado de fallo.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO

PRIMERO: Que tal como ha quedado asentado en el informe de la Fiscalía Nacional Económica y en el Dictamen de la Comisión Preventiva Central, la materia de investigación versa sobre los alcances del denominado contrato de otorgamiento de permiso precario, de 16 de agosto de 2002, celebrado entre la I. Municipalidad de Recoleta y Grupo Sarmiento S.A., y en particular sobre los términos de las cláusulas de exclusividad y el plazo por el cual ha sido celebrado el mismo;

SEGUNDO: Que la cláusula de exclusividad, contenida en el numeral sexto del contrato, señala “....., *la empresa tendrá el derecho exclusivo a explotar con fines publicitarios los espacios que se consideren para estos efectos en los distintos elementos de mobiliario urbano que se ha obligado a instalar. En virtud de lo anterior la MUNICIPALIDAD se obliga a no otorgar concesión ni permiso precario alguno de carácter publicitario a terceros respecto del mobiliario urbano materia de este contrato, y de elementos publicitarios ubicados en la vía pública, tales como vallas prismas, supersites prismas, vallas monumentales, paletas, y otros, durante todo el período de su vigencia y sus renovaciones.*”;

REPUBLICA DE CHILE

COMISION RESOLUTIVA

TERCERO: Que por otra parte el Municipio se obligaba a resguardar dicha exclusividad, como se expresa en la misma cláusula sexta del permiso: “..... *el MUNICIPIO se obliga a realizar todas las gestiones administrativas, judiciales y extrajudiciales que conlleven al retiro de la comuna de Recoleta de todo el mobiliario urbano que contenga espacios publicitarios, y de elementos de exclusivo usos publicitario, como los señalados en el párrafo anterior, se encuentren éstos utilizados o no, en un plazo de cuatro meses contados desde esta fecha.*”

El permiso contemplaba sanciones al Municipio si no cumplía con dichas obligaciones, afectando el canon anual acordado, y asimismo, estipulaba en favor de la empresa que en el evento que el Municipio *“aumente en cualquier porcentaje el número de elemento de mobiliario urbano, al(la) empresa podrá aumentar proporcionalmente las superficie publicitaria a explotar.”*;

CUARTO: Con fecha 28 de agosto pasado, según consta a fs. 62, se modificó por las partes contratantes la mencionada cláusula sexta, reconociéndose por una parte la facultad del Municipio para otorgar espacios, concesiones y/o permisos a terceros distintos a Grupo Sarmiento S.A., para la instalación de cualquier tipo de mobiliario urbano con soporte publicitario y de elementos publicitarios en la comuna de Recoleta; y por otra, se reconoció a dicha empresa expresamente *“el derecho de explotar con fines publicitarios los elementos de mobiliario urbano que se ha obligado a instalar, en los sectores y ubicaciones que se consideran en le “Anexo número Uno”.*

Con todo, además se estipuló lo siguiente, *“Sin embargo, en aquellas ubicaciones y sectores definidos en documentos “Anexo número Uno”, el municipio **se abstendrá de otorgar, permisos, concesiones y/o autorizaciones para la instalación de elementos publicitarios “similares”, sin su previa conformidad que conste por escrito.** Para estos efectos, se deja expresamente establecido que los elementos publicitarios similares se encuentran definidos y singularizados en le Anexo número Dos, el cual se protocoliza al final de este instrumento. Cabe señalar que esta protección en beneficio de La EMPRESA se referirá a la totalidad de las calles o avenidas definidas en le Anexo Uno, en que se encuentran instalados sus elementos, incluyéndose en forma expresa ambas aceras, sus costados, laterales, caleteras y parques adyacentes. En cuanto a las calles o avenidas que crucen o enfrenten el área de protección antes dicha, la reserva o exclusión sólo **alcanzará una extensión de cincuenta u cien metros lineales medidos desde la esquina en que se produzca la referida intersección,** según se establece en el Anexo Número Uno. Por otra parte, los comparecientes acuerdan establecer un **derecho de opción preferente** en beneficio de LA EMPRESA, para el evento que EL MUNICIPIO aumente el número de elementos publicitarios y/o de mobiliario urbano con soporte publicitario de los*

REPUBLICA DE CHILE

COMISION RESOLUTIVA

denominados “similares” en cualquier punto comprendido en la denominada zona de seguridad o área de protección, para tal efecto el beneficiario tendrá un plazo de diez días hábiles para aceptar o rechazar la propuesta, vencido ese plazo sin que haya manifestado su voluntad, se entenderá rechazada, y en tal evento se faculta desde ya al Municipio para otorgar autorizaciones, permisos o concesiones respecto a dichos elementos publicitarios o mobiliario urbano con soporte publicitario.”;

QUINTO: Que las modificaciones precedentes no hacen más que reafirmar la intencionalidad de las partes en orden a establecer un derecho o facultad exclusiva y excluyente para la explotación comercial por una sola empresa de mobiliario urbano en el rubro publicitario, en bienes nacionales de uso público de la comuna de Recoleta. En efecto, como bien señala la Fiscalía Nacional Económica en su escrito de fs. 74, las nuevas estipulaciones han otorgado un área de protección o de resguardo amplísima, que contempla las calles y avenidas más importantes de la comuna, como asimismo una protección por extensión que alcanzaría desde 50 a 100 metros lineales desde cada intersección de las calles indicadas en el convenio modificatorio;

SEXTO: Que es evidente que los mecanismos de prórroga del contrato y de terminación del mismo, los que también fueron modificados durante el transcurso de este proceso, aparecen como pactos establecidos con la finalidad de asegurar la permanencia en el tiempo de esta protección;

SEPTIMO: Que de la sola lectura de las cláusulas aplicables al caso, ya reseñadas, se desprende que se ha otorgado un determinado territorio para ser explotado por una sola empresa, cuyos amplísimos términos de protección del área obligan a exigir el empleo de un procedimiento transparente y objetivo, que permita a los distintos actores competir en igualdad de condiciones en una licitación para acceder a tales condiciones;

OCTAVO: Que dados los antecedentes, esta Comisión comparte las aprensiones manifestadas tanto por la Fiscalía Nacional Económica como por la Comisión Preventiva Central respecto de los efectos sobre la competencia del permiso en cuestión. Que dichos organismos han expresado que si bien los Alcaldes tienen facultad para otorgar concesiones o permisos sobre los bienes nacionales de uso público de la comuna, y no obstante el carácter eminentemente precario de los permisos y el hecho de que el Alcalde está legalmente facultado para ponerles término, sin derecho a indemnización, el ejercicio de esta facultad debe revestir cierta mínima transparencia, la que no se advierte en el presente caso. Que a su vez las razones esgrimidas para poner término a los contratos celebrados con la denunciante, esto es, la necesidad de ordenar el espacio público de la comuna, es vago e impreciso. Que el contexto general de la situación denunciada, esto es, la exclusividad y el

REPUBLICA DE CHILE

COMISION RESOLUTIVA

plazo de compromiso, desde el punto de vista de la competencia, tiene efectos muy similares a los de una concesión y por lo tanto se le deben hacer las mismas exigencias que a esta última. Que esto no sólo lo demuestran los plazos renovables establecidos para el permiso, sino el uso preferente, que en lo contractual adquiere el carácter de exclusivo y excluyente, debiendo haber precedido una licitación pública para otorgarse válidamente. Que además desde el punto de vista de la normativa de la libre competencia resulta evidente que el procedimiento empleado por la I. Municipalidad la transgrede, puesto que no ha permitido la posibilidad de participar a terceros de un negocio al cual legítimamente pudieron haber accedido, lo que constituye una barrera a la entrada a un negocio que en esencia debe admitir la pluralidad, objetividad y transparencia.

Y vistos además lo dispuesto en los artículos 1º, 2º letra f), 17 letra a), y 18 del Decreto Ley N° 211, esta Comisión **resuelve:**

1º.- Rechazar el recurso de reclamación de fs. 26 interpuesto por la I. Municipalidad de Recoleta en contra del Dictamen N° 1198 de la Comisión Preventiva Central, de fecha 15 de marzo de 2002, el que se confirma en todas sus partes, debiendo la recurrente dentro del plazo de 30 días corridos, poner término o disponer la revocación del permiso concedido a Grupo Sarmiento S.A. mediante contrato de fecha 16 de agosto de 2001, modificado con 28 de agosto de 2002; y,

2º.- La I. Municipalidad de Recoleta, en el evento que decida celebrar un nuevo contrato que diga relación con el mobiliario urbano con soporte publicitario en los bienes nacionales de uso público de dicha comuna, deberá previamente llamar a licitación pública para tal efecto y remitir a la Fiscalía Nacional Económica, en forma simultánea al llamado a licitación, el texto íntegro de las bases del concurso que se establezcan.

Notifíquese, regístrese y archívese, en su oportunidad.

Rol N° 671-02.

Pronunciada por don Orlando Alvarez Hernández, Ministro de la Excma. Corte Suprema y Presidente subrogante de la Comisión; don Ricardo Silva Güiraldes, subrogando al Superintendente de Electricidad y Combustibles; don Cristián Palma Arancibia, Director del Servicio Nacional de Aduanas; don Antonio Bascuñán Valdés, profesor y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; y don Patricio Rojas Ramos, Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Finis Terrae. Autoriza, Jaime Barahona Urzúa, Secretario Abogado.