

RESOLUCION N° 82 /

Santiago, ocho de Octubre de mil novecientos ochenta.

VISTOS:

1.- Por el Oficio Ord. N° 902, de 11 de Julio de 1980, el señor Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Las Condes, remitió copia del Decreto Alcaldicio N° 966 de 29 de Octubre de 1979, mediante el cual esa Corporación otorgó a la firma Mimet S.A. la concesión exclusiva para instalar y mantener en la vía pública de la Comuna de Las Condes, kioscos suplementeros, por el plazo y en las condiciones que el mismo Decreto señala.

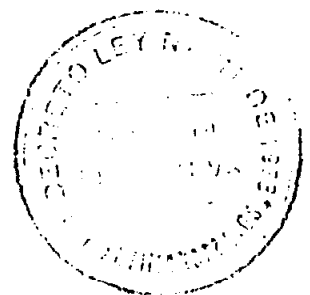
El señor Alcalde solicitó de la H. Comisión Preventiva Central un pronunciamiento acerca de si las disposiciones del citado Decreto se conforman con los preceptos que sobre defensa de la libre competencia establece el Decreto Ley N° 211, de 1973.

2.- Las principales disposiciones que contiene el mencionado Decreto Alcaldicio son las siguientes:

2.1.- Se otorga a la firma Mimet S.A. (Montanari Industrial Metalúrgica), representada por el señor Gerente Comercial don Pedro Vignola Riesle, la concesión exclusiva para instalar y mantener en la vía pública de la Comuna "kioscos suplementeros."

2.2.- En el primer año de vigencia de la concesión, la firma Mimet S.A. se obliga a instalar y mantener un mínimo de 150 kioscos, de los cuales los 30 primeros kioscos, debieron instalarse entre el 29 de Octubre y el 31 de Diciembre de 1979. Los kioscos deben instalarse de acuerdo con las especificaciones técnicas que se detallan en el N° 6 del Decreto.

2.3. El plazo de la concesión es de 10 años, contados desde la fecha de la firma del contrato, reducido a escritura pública, al término del cual la concesión será renovable tácita y sucesivamente por períodos de 5 años, si ninguna de las partes diere aviso de término con una anticipación, a lo menos de 90 días.



2.4. Los nuevos kioscos que instale el concesionario pasan a dominio exclusivo de la Municipalidad, desde el momento de instalación, sin que la Municipalidad deba cancelar al concesionario suma alguna de dinero por el traspaso.

2.5. El concesionario contrae la obligación de reparar, pintar y mantener los kioscos en óptimas condiciones de uso, así como las demás obligaciones que se señalan en los N°s 7, 8, 9, 10 y 11 del Decreto.

2.6. Se concede al concesionario el derecho de efectuar publicidad en la parte superior de los kioscos especialmente destinada para ello, debiendo cancelar por cuenta de los avisadores los derechos de propaganda correspondientes, de acuerdo a la ley de rentas municipales. La publicidad que realice el concesionario deberá sujetarse a los términos que fije el Director de Subsistencias y Patentes Comerciales, reservándose la Municipalidad el derecho de retirar toda publicidad o propaganda que coloque el concesionario y que no tenga la aprobación municipal o que no haya cancelado los derechos municipales correspondientes. La Municipalidad no asume ninguna responsabilidad frente a los anunciantes o patrocinadores de las propagandas del concesionario.

2.7. La Municipalidad se reserva el derecho de poner término a la concesión, sin derecho de indemnización para el concesionario por las causales siguientes:

- a) No pago oportuno de los derechos de propaganda o publicidad;
- b) Incumplimiento de la obligación de instalar nuevos kioscos en la cantidad y plazos fijados en el contrato;
- c) Abandono de las labores de mantención; y
- d) Negligencia o incumplimiento de las obligaciones que contrae el concesionario de acuerdo al Decreto. Estas causales son calificadas por la Municipalidad.

3.- Con motivo de la dictación del Decreto N° 966, a que se hace referencia en el N°2 precedente, la Ilustre Municipalidad de Las Condes procedió a dictar el Reglamento para la entrega de kioscos a los suplementeros, el que se contiene en el Decreto N° 309, de 14 de Abril de 1980, modificado por el Decreto N° 717, de 28 de Julio pasado, y cuyas disposiciones principales son las siguientes:

3.1. El suplementero contrae diversas obligaciones, entre otras, la de comunicar telefónicamente y de inmediato cualquier anomalía que se presente en los aleros de la propaganda o publicidad, a la firma Mimet S.A. o al Departamento de Subsistencias y Patentes de la Municipalidad: pintar una vez cada dos años el kiosco, debiendo adquirir la pintura a la Empresa Administradora de la propaganda, es decir, a Mimet S.A., quien proporcionará pintura de la misma calidad y color para toda la Comuna. La obligación de no incluir en el kiosco otras propagandas sin perjuicio de la que le corresponde realizar a la firma Mimet S.A., fué suprimida por el Decreto N° 717, citado y reemplazado por una norma de carácter general que dispone que el Departamento de Subsistencias y Patentes Comerciales de la Municipalidad podrá determinar la supresión de pinturas o propaganda que contravengan las Ordenanzas vigentes o alteren gravemente la estética y uniformidad de los kioscos.

El incumplimiento, por parte del suplementero de éstas y demás obligaciones establecidas en el Reglamento, es causal suficiente para decretar la caducidad del contrato y autoriza a la Municipalidad para designar un nuevo kiosco.

4.- Mediante el Dictamen N° 252/689 de 19 de Agosto de 1980, la H. Comisión Preventiva Central se pronunció acerca de la materia sometida a su conocimiento, expresando que, a su juicio, la concesión que favorece a la Empresa Mimet S.A. (Montanari Industrial Metalúrgica), y las disposiciones del Reglamento que regulan la entrega de los kioscos suplementeros, en los términos en que han sido concebidas, infringen las normas legales vigentes para la defensa de la libre competencia, contenida en el Decreto Ley N° 211, de 1973, modificado por el Decreto Ley N° 2.760, de 1979.

Tuvo presente esa H. Comisión que el título IV del Decreto Ley N° 1.289, al establecer el régimen de los bienes municipales, dispone en su artículo 46° inciso 1°, que corresponde al Alcalde con ceder permisos u otorgar concesiones sobre los bienes municipales o nacionales de uso público que administre el municipio, no obstante lo cual el inciso 3° de esta misma disposición limita expresamente los alcances que pueden revestir dichas concesiones, al disponer que "las concesiones darán derecho al uso preferente del bien concedido, en las condiciones que fije la Municipalidad..." Esta disposición se aplica igualmente a las concesiones administrativas de servicios municipales, por mandato del artículo 60°, inciso final de esa ley.

De acuerdo con estas disposiciones, estimó esa H. Comisión que las concesiones municipales, sea que recaigan directamente sobre un bien municipal o nacional de uso público, o sobre servicios municipales, sólo dan derecho al titular de la concesión para hacer un uso preferente del bien o servicio concedido, sin que dicha concesión pueda significar para el concesionario derechos exclusivos o privativos en el ejercicio de este beneficio que excluyan la participación eventual de terceros.

Desde el punto de vista del Decreto Ley N° 211, de 1973, esa H. Comisión consideró que la exclusividad otorgada a la firma Mimet S.A. para construir y mantener kioscos suplementeros y efectuar en ellos propaganda o publicidad, configura en el hecho, un verdadero monopolio en la prestación de estos servicios que vulnera los artículos 1° y 2° letra f) de ese texto legal.

Así, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 4° del citado Decreto Ley N° 211, de 1973, no puede otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio o estanco, y sólo por vía excepcional, tratándose de las Instituciones que señala el inciso 2° de esta disposición, en virtud de una ley especial, puede reservarse la exclusividad en el ejercicio de las actividades productivas, comerciales o de servicio, y tal exclusividad no ha sido consagrada para las concesiones municipales por el Decreto Ley N° 1.289. Orgánico de las Municipalidades.

En este sentido consideró esa H. Comisión que las autoridades administrativas y municipales carecen de atribuciones para conferir a los particulares, en forma exclusiva, concesiones o autorizaciones para prestar determinados servicios, a menos que se trate de la situación especialmente reglamentada en el artículo 4° inciso 3° del Decreto Ley antes indicado, en cuya virtud se podrá autorizar por Decreto Supremo fundado, y previo informe favorable de la Comisión Resolutiva, actos o contratos determinados, que señala expresamente esta disposición.

Igualmente, se señala en el Dictamen precitado que, en la especie, la exclusividad que favorece a la Empresa Mimet S.A. se agrava por la circunstancia de que la vigencia de esta concesión es extensa, ya que el plazo inicial de 10 años es susceptible de ser ampliado en períodos de 5 años, y así sucesivamente. Asimismo, reviste gravedad, a juicio de la H. Comisión, el hecho de que los suplementeros sólo puedan adquirir de la Empresa Mimet S.A. la pintura que necesiten para los kioscos, lo que constituye un arbitrio que entorpece la libre competencia, al impedir a los usuarios que recurran a otros proveedores del mercado, compitiendo en precio y calidad.

A lo anterior se agrega que el Reglamento dictado por la Ilustre Municipalidad de Las Condes, destinado a regular la entrega de los kioscos a los suplementeros, contiene diversas disposiciones que consagran la exclusividad que beneficia a la referida firma Mimet S.A., no obstante que un reglamento de esta naturaleza debiera contener normas impersonales y de general aplicación, no vinculadas a determinada empresa.

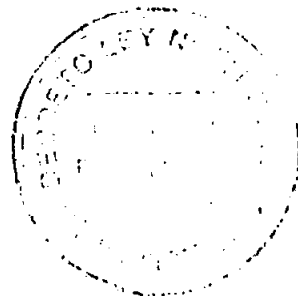
En suma, estimó esa H. Comisión que la concesión exclusiva que se concede a la Empresa Mimet S.A. y las normas del reglamento que se refieren a esta materia, tienen un carácter particularmente monopólico toda vez que elimina toda posible competencia o libre acceso a terceros en la prestación de los servicios de instalación y mantención de los kioscos suplementeros en la vía pública de la Comuna, así como en la publicidad o propaganda comercial colocada en ellos, transgrediéndose de esta manera los artículos 1° y 2° letra f) del Decreto Ley N° 211, de 1973.

Por tales consideraciones la H. Comisión Preventiva Central concluyó que procede que la Ilustre Municipalidad de Las Condes modifique el Decreto Alcaldicio N° 966, de 1979, y el Reglamento establecido por el Decreto Alcaldicio N° 309, de 1980, adecuando las normas que contienen esos Decretos a la legislación establecida en el Decreto Ley N° 211, de 1973, para cuyos efectos debe remitir a esa H. Comisión, para su aprobación, el texto modificado de dichos decretos alcaldicios, en el plazo de 60 días contado desde la fecha del mencionado Dictamen.

5.- La Empresa Mimet S.A., en ejercicio del derecho que le otorga el artículo 9° inciso 1° del Decreto Ley N° 211, de 1973, interpuso dentro del plazo legal, reclamación en contra del referido dictamen N° 252/681, de esa H. Comisión Preventiva Central, a fin de que esta Comisión Resolutiva sustituya el mencionado dictamen, en los términos que indica en su solicitud.

La reclamación de la recurrente se fundamenta en los siguientes aspectos principales:

5.1.- La proposición inicial formulada por la Empresa a la Ilustre Municipalidad de las Condes consistió en una oferta para construir kioscos con el objeto de que fueran comprados por la Corporación.



5.2.- Que, sin embargo, la Ilustre Municipalidad no aceptó dicha oferta, en razón de que no disponía de financiamiento para comprar dichos kioscos, motivo por el cual solicitó a la Empresa que propusiera nuevas alternativas, habiendo aceptado en definitiva, de las tres alternativas propuestas, la contenida en el punto 2.3.- de la carta oferta que rola en autos, y que dió origen al Decreto Alcaldicio N° 966, de 1979, elaborado y aprobado por el Departamento Jurídico de la Municipalidad.

5.3.- La concesión exclusiva que se consigna en el Decreto para instalar y mantener los kioscos, no dice relación con conservar en poder de la Empresa estas instalaciones, sino sólo de hacerse cargo de su mantenimiento, asumiendo los riesgos y gastos que ello implica, sin cargo alguno para la Municipalidad.

5.4.- En la especie, no se trata de una concesión de bienes municipales de uso público. Dichos bienes no existían a la fecha del Decreto, y como la Municipalidad carecía de medios económicos para instalarlos, optó por aceptar que la Empresa Mimet se hiciera cargo de esta elevada inversión, y se recuperara de ella otorgándole la concesión exclusiva sobre la publicidad efectuada en dichos kioscos, lo que vendría a constituir en definitiva el precio o la forma de pago por estos servicios, adquiriendo la Municipalidad la propiedad de los kioscos.

En este sentido, hizo presente la Empresa Mimet S.A. que, mientras no recupere la inversión efectuada, no sería justo ni lícito que terceras personas intervinieran en el negocio aprovechando indebidamente los estudios, gastos, diseños y proyectos de la Empresa, ni menos hicieran propaganda comercial en los mismos kioscos construídos y financiados por Mimet S.A.

5.5.- En cuanto al plazo de concesión, su extensión es normal atendiendo a los riesgos del negocio y su elevada inversión, única forma de recuperar el capital.

5.6.- Hace presente la Empresa Mimet S.A. que diversas Municipalidades otorgan concesiones exclusivas en los mismos términos que la concedida por el Decreto N° 966, de 1979, por lo que no sería justo discriminar en su caso.

Por las consideraciones antes expuestas, la Empresa recurrente solicita de esta Comisión Resolutiva que se modifique la concesión vigente, incluyendo las siguientes proposiciones:

5.7.- Limitar la concesión otorgada, con lo que se elimina la exclusividad, a la cantidad de 117 kioscos, que es la cantidad comprometida a la fecha por Mimet S.A., según listado que obra en poder de la Municipalidad.

5.8.- El saldo de ubicaciones de kioscos existentes y las que se produzcan a futuro, quedan a disposición de quién la Ilustre Municipalidad designe.

5.9. Establecer que la concesión consiste en el derecho otorgado a Mimet para colocar en los kioscos la única publicidad que se autoriza, ubicado en los aleros de acrílico.

5.10.- Eliminar la obligación fijada al suplementero, de adquirir las pinturas solo al concesionario.

6.- Por Oficio Ord. N° 697, de 9 de Septiembre de 1980, la H. Comisión Preventiva Central, eleva los antecedentes a esta Comisión Resolutiva e informa sobre el recurso de reclamación interpuesto por la Empresa Mimet S.A., en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9° inciso 2° del Decreto Ley N° 211, de 1973.

De acuerdo con lo estatuido en el inciso 3° de esta disposición, esta Comisión acuerda pronunciarse directamente sobre la reclamación deducida.

CONSIDERANDO:

- 1.- Que de los antecedentes reseñados se encuentra acreditado que la Empresa Mimet S.A. (Montanari Industrial Metalúrgica) celebró con la Ilustre Municipalidad de Las Condes, un contrato de concesión exclusiva destinado a instalar y mantener en la vía pública de la Comuna kioscos suplementeros y a efectuar, también en forma exclusiva, propaganda comercial en dichos kioscos.
- 2.- Que dicho contrato de concesión fue celebrado válidamente por esa Corporación Edilicia, en el ejercicio de facultades discrecionales que le acuerda la legislación vigente, luego que fue aprobado por la asesoría legal de la Ilustre Municipalidad, y con el propósito de satisfacer una necesidad de interés público comunal de carácter general, cuya calificación y oportunidad compete a la autoridad Municipal.
- 3.- Que, en estas circunstancias, la intervención que cupo a la Empresa Mimet S.A., en su carácter de particular, fué formular diversas propuestas a la autoridad respecto de los trabajos que interesaban a la Corporación, y luego adherir a los términos de la concesión formulados por la Ilustre Municipalidad.
- 4.- Que, de acuerdo con los antecedentes tenidos a la vista, la Ilustre Municipalidad de Las Condes decidió otorgar la referida concesión en términos exclusivos, tanto en lo que dice relación con la instalación y mantención de los kioscos suplementeros, como respecto de la publicidad comercial que se autoriza al concesionario, en razón de que dicha Corporación Edilicia no disponía de fondos para construir y mantener esas instalaciones, por lo que la exclusividad sobre la publicidad vino a constituir, el precio o forma de pago por la ejecución de estos servicios, cuyo costo, inversión y financiamiento no estaba en condiciones de asumir la Ilustre Municipalidad.
- 5.- Que si bien esta Comisión concuerda con el planteamiento jurídico de fondo contenido en el Dictamen N° 252/689 que se impugna, de la H. Comisión Preventiva Central, por las razones que específicamente se analizan en ese documento, en cuanto a que las disposiciones del Decreto Ley N° 1.289, Orgánico de las Municipalidades, y las normas establecidas en el Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre defensa de la libre competencia, impiden el otorgamiento por parte de la autoridad municipal de concesiones exclusivas que marginen a terceros del libre acceso a actividades de la naturaleza de las indicadas, cree también esta Comisión, en la especie, que la aplicación

irrestricta y retroactiva de este criterio conduce a causar un grave e injustificado perjuicio a la recurrente, toda vez que su participación en la celebración del contrato de concesión, propuesto y resuelto por la propia autoridad municipal, no fué otra que aceptar los términos en que ésta accedió a otorgar la referida concesión, por lo que su intervención aparece revestida de buena fe y justa causa de error.

6.- Que, en cuanto a las demás condiciones establecidas para la concesión, en particular, su plazo de vigencia y forma de renovación, estima esta Comisión que tales estipulaciones constituyen cuestiones de hecho, cuya resolución compete en forma privativa a la Ilustre Municipalidad.

Y de acuerdo, además, con lo prevenido en los artículos 9°, inciso 3°; 17°, letra a) y 18°, inciso 1° del Decreto Ley N° 211, de 1973.

Se Declara:

Que se acoge la reclamación interpuesta por la Empresa Mimet S.A. (Montanari Industrial Metalúrgica) respecto del Dictamen N° 252/ 681, de 19 de Agosto de 1980, de esa H. Comisión Preventiva Central, sólo en cuanto se resuelve que la Ilustre Municipalidad de Las Condes debe proceder a modificar los términos de la concesión otorgada por el Decreto Alcaldicio N° 966 de 29 de Agosto de 1979, incluyendo las siguientes proposiciones formuladas por la recurrente:

- 1.- Limitar la concesión otorgada, a la cantidad de 117 kioscos, que es la cantidad comprometida a la fecha por Mimet S.A. según listado que obra en poder de la Ilustre Municipalidad.
- 2.- El saldo de ubicaciones de kioscos existentes y las que se produzcan a futuro, quedan a libre disposición de la Ilustre Municipalidad para asignarlas a terceros interesados.
- 3.- Establecer que la concesión otorga el derecho exclusivo a Mimet S.A. para colocar en los kioscos que se le autorizan publicidad comercial ubicada en los aleros de acrílico.
- 4.- Eliminar la obligación fijada al suplementero, de adquirir las pinturas sólo al concesionario.

La H. Comisión Preventiva Central fiscalizará el cumplimiento de la presente Resolución. Notifíquese y comuníquese.

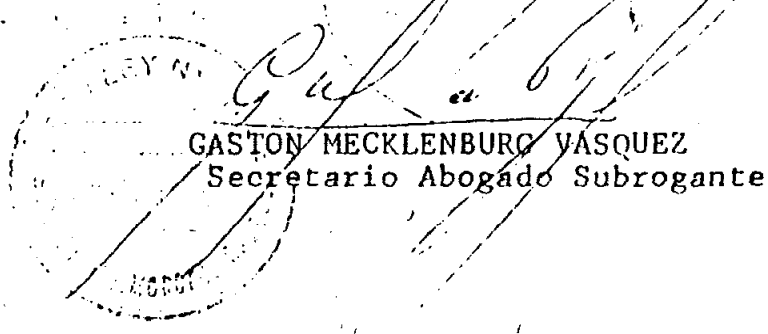
Juan Carlos Pizarro

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]



Pronunciado por los señores Víctor Manuel Rivas del Canto, Ministro de la Excm. Corte Suprema y Presidente de la Comisión, don Mario Ebner Pinochet, Director Nacional de Industria y Comercio y don Iván Yáñez Pérez, Decano de la Facultad de Administración y Economía, de la Universidad Técnica del Estado.


GASTÓN MECKLENBURG VÁSQUEZ
Secretario Abogado Subrogante