

COMISION RESOLUTIVA
DECRETO LEY N° 211, de 1973
LEY ANTIMONOPOLIOS
SEATINOS N° 120, PISO 14°

RESOLUCION N° 92.- /

Santiago, dieciocho de Marzo de mil novecientos ochenta y uno.

VISTOS:

1.- Por oficio N° 139, de 11 de Marzo de 1980, la Fiscalía Nacional Económica requirió de esta Comisión que sancione a la Asociación Nacional de Avisadores "ANDA" con una multa equivalente a 100 unidades tributarias, por haber incurrido en conducta atentatoria de la libre competencia al emitir su Directorio, con fecha 10 de Octubre de 1979, una Circular que recomienda a sus socios la contratación de publicidad exclusivamente en los medios afiliados al Instituto Verificador de Circulación IVC.

2.- La Circular mencionada apareció publicada en el Diario "La Tercera de la Hora", el día 3 de Enero de 1980 y en lo que interesa para el caso en examen, como figura de infracción a las normas que regulan la libre competencia, cabe destacar los siguientes párrafos:

"En el caso específico de los diarios y revistas, el Directorio recomienda a nuestros socios que sólo contraten publicidad en los medios afiliados al Instituto Verificador de Circulación IVC, cuya lista adjuntamos a la presente".

.. insistimos una vez más en recomendar a nuestros socios que sólo contraten publicidad en revistas y diarios que estén afiliados al IVC."

El texto de la Circular publicada en el Diario aludido es idéntico al del documento que se encuentra acompañado a fs. 15 y 81 de estos autos.

3.- Citado por la Fiscalía Nacional el representante legal de ANDA, compareció doña María Isabel Castillo, en su carácter de gerente de dicha Asociación, según acta que rola a fs. 3 de autos. Explicó que la Circular cuestionada se había enviado a los asociados de dicha Asociación "como una forma de información sobre el alcance efectivo de los medios en que nuestros asociados colocan su publicidad"; pero que su publicación no había sido ordenada por ANDA, siendo ésta de exclusiva responsabilidad del periódico en que su texto fue publicado.

Agregó la compareciente que la Circular en cuestión no tenía, en caso alguno, carácter obligatorio, constituyendo sólo una recomendación a los asociados, que éstos podían acoger o no, sin quedar por ello sujetos a sanción, ya que su intención era la de ayudarlos a buscar una forma más eficiente de publicidad en aquellos medios publicitarios respecto de los cuales existen datos veraces sobre circulación y alcance.

Aclaró, además, que el Instituto Verificador de Circulación IVC es una rama de la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad "ACHAP", siendo el único instituto que existe y que hace el trabajo de verificar efectivamente la circulación de los medios de prensa. En el referido Instituto, según la compareciente, ANDA tiene un representante en calidad de asesor.

4.- Citado también por la Fiscalía Nacional compareció ante dicho organismo don Fernando Gardella Brusco, en su carácter de gerente de ACHAP, comparecencia que consta a fs. 18 de autos. En ella explicó que el IVC es un departamento técnico de ACHAP, destinado a averiguar la circulación de los diversos medios escritos y el perfil del lector y que es asesorado por un comité integrado por los medios de circulación controlados, por representantes de ANDA y ACHAP. El Instituto tiene un reglamento que regula su actuación y se financia mediante cuotas que pagan los medios de comunicación afiliados al Instituto, para cubrir los gastos de operación, cuotas que se fijan de acuerdo con el tamaño de cada uno de dichos medios afiliados. Los resultados se reparten mensualmente entre las agencias de publicidad para que conozcan las características y cantidad de los lectores de los medios escritos.

5.- A fs. 5 y 67 de autos se encuentra acompañada una copia de los Estatutos de ANDA, de acuerdo con los cuales ANDA es una corporación civil de Derecho privado, regida por sus estatutos y por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil y que entre sus finalidades tiene las de "mantener la ética profesional en el uso de la publicidad..." (letra c), del artículo 2º) y la de "establecer servicios de información técnica que sirva para orientar e incrementar la eficiencia ante la publicidad" (letra e) del artículo 2º).

El ingreso de nuevos socios debe ser patrocinado por un socio fundador y calificado por tres miembros designados por el Directorio; pero sin que puedan ser socios las agencias de publicidad, los corredores de publicidad y en general, aquellas firmas cuyas actividades sean incompatibles con las finalidades de la Corporación.

6.- De acuerdo con la información proporcionada por ANDA y que corre a fs. 16 de autos, los diarios y revistas afiliados al IVC son los siguientes: Diario "La Tercera" y Revistas "Buenhogar", "Condorito", "Cosas", "Geomundo", "Hoy", "Ideas", "Intimidades", "Mecánica Popular", "Reader's Digest", "Vanidades" y "Visión".

A fs. 26 se encuentra acompañada una nómina proporcionada por ACHAP que da cuenta de los aportes hechos al IVC por los siguientes medios publicitarios:

-Diario La Tercera de la Hora	\$ 66.315,60.-
-Editorial Andina (Revistas Buenhogar, Geomundo, Ideas, Intimidades, Mecánica Popular, Vanidades)	\$ 37.789,36.-
-Revista Cosas	\$ 8.105,76.-
-Revista Hoy	\$ 8.687,02.-
-Revista Condorito	\$ 4.680,00.-
-Selecciones del Reader's Digest	\$ 5.053,46.-
-Revista Visión	\$ 4.680,00.-

7.- A fs. 19 se encuentra acompañado un ejemplar del Reglamento Interno del Instituto Verificador de Circulaciones IVC, según el cual dicho Instituto es un departamento técnico de ACHAP, que entre otras finalidades tiene la de "recibir, difundir y verificar la circulación y venta de las publicaciones inscritas por los editores afiliados, en sus aspectos cuantitativos y cualitativos, y proporcionar la información correspondiente a los miembros afiliados" (letra a) del Art. 1°).

Con arreglo al mismo Reglamento, "los ingresos del IVC están constituidos por las cuotas ordinarias y extraordinarias que abonan los afiliados, y por el producto de la venta de informes, de acuerdo a la política que determine ACHAP" (Artículo 9°).

Asimismo, el citado Reglamento dispone que "el Comité Asesor estará integrado por un representante de cada Editorial afiliada al IVC, por un Director representante de la Asociación Nacional de Avisadores ANDA y por un Director representante de la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad ACHAP" (Artículo 20°).

8.- A fs. 28 y siguientes se encuentran acompañadas copias de informes emitidos por el Instituto Verificador de Circulaciones IVC relativos a la circulación que han tenido, dentro y fuera del país, las publicaciones de sus diversos asociados.

A fs. 54 y siguientes se encuentran acompañadas copias de dictámenes evacuados por la firma Price Waterhouse, dirigidos a los medios publicitarios y para ser presentados por éstos a ACHAP.

9.- Con los antecedentes referidos precedentemente, la Fiscalía Nacional Económica formuló el requerimiento a que se alude en el N° 1 de esta parte expositiva, por estimar que la Circular emitida por ANDA, con fecha 10 de Octubre de 1979, y su publicación en un periódico de esta ciudad constituyen un hecho atentatorio a la libre competencia, toda vez que la recomendación de publicitar sólo en aquellos medios afiliados al Instituto Verificador de Circulaciones IVC significa un entorpecimiento de la competencia en la contratación de la publicidad.

Agrega el referido requerimiento que la circunstancia de que dicha Circular no haya tenido carácter imperativo es irrelevante, porque su alcance sólo podía ser el de una recomendación o antecedente para mover a las agencias de publicidad o a los avisadores a contratar únicamente con los medios de comunicación afiliados al IVC, recomendación que es una traba o entorpecimiento de la competencia en perjuicio de los medios de comunicación excluidos de la recomendación.

10.- En respuesta al requerimiento del señor Fiscal Nacional, que corre a fs. 84 y siguientes, la representante de ANDA manifiesta que discrepa del criterio del Fiscal, ya que promover iniciativas como el Instituto Verificador de Circulaciones, tecnificar la información y entregar a los avisadores elementos técnicos y objetivos, es favorecer la libre competencia, para que cada avisador, realmente informado, pueda tener libertad de escoger los medios adecuados para sus objetivos publicitarios.

Sostiene que sobre la base de esa necesidad se fundó, el 6 de Abril de 1974, la Asociación Nacional de Avisadores y que, en cumplimiento de sus fines, se creó, conjuntamente con ACHAP, el Instituto Verificador de Circulaciones IVC, que informa cuál es realmente el tiraje de cada diario, revista u otro elemento gráfico afiliado, informe que, para su mayor seriedad, es auditado en cada medio publicitario, por Price Waterhouse Peat Co.

Hace presente que entre los periódicos "La Tercera de la Hora" y "El Mercurio" surgió una polémica con motivo de una encuesta hecha por Gallup, según la cual la venta del primero de ellos era de 142.692 ejemplares contra

43.535 del segundo, frente a la cual el diario "El Mercurio" reaccionó sosteniendo que la referida encuesta tiene un error de más de un 100%, según informe hechos por los auditores Deloitte, Haskins y Sells.

En relación con la referida polémica, la representante de ANDA expresa que si los dos medios periodísticos estuviesen afiliados al IVC no existiría tal discusión, pues ambos estarían medidos por el mismo sistema, lo que habilitaría al avisador para decidir libremente el medio publicitario adecuado a sus intereses.

Agrega que impedir que los avisadores puedan tener organismos técnicos que se encuentran previstos en sus estatutos, y que éstos promuevan y recomienden a sus asociados el publicitar en los medios afiliados al IVC es confundir la libertad con el desamparo y dejar a los avisadores más modestos, que no tienen antecedentes para saber realmente el tiraje de los medios escritos, entregados a datos, cifras y elementos normalmente falsos, que van a hacer que su decisión de inversión en los medios publicitarios sea equivocada.

Por otra parte, el hecho de que ANDA recomiende a sus asociados el publicitar en los medios afiliados al IVC no entraba la libre competencia, por cuanto cada uno de los asociados, al inscribirse como socio de ANDA, juró respetar sus estatutos y en ellos se encuentra la obligación para la Asociación y sus socios de promover iniciativas como el Instituto Verificador de Informaciones IVC.

Añade que en Chile los potenciales avisadores son miles de personas que de hecho publicitan en los diversos medios gráficos, en tanto que ANDA solamente agrupa a 40 avisadores potenciales, por lo que si éstos se juntan con miras altruistas de perfeccionamiento ético en sus publicaciones y técnico en su información, con financiamiento propio, mal puede afirmarse que estén entorpeciendo la libre competencia.

Termina solicitando que se declare que la Circular N° 10 de ANDA, que recomienda a sus asociados publicar en los medios afiliados al IVC, no es un arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia, y que no se dé lugar a la sanción de 100 unidades tributarias pedida por el señor Fiscal Nacional o, en subsidio, que solamente se amoneste a ANDA, por cuanto ha actuado con buena fe y en el cumplimiento de sus objetivos estatutarios.

11.- A fs. 91 se encuentra acompañada una nómina de los socios de ANDA, figurando en ella un total de 39 empresas de variado giro, como bancarias, químico-farmacéuticas, industriales, comerciales, automovilísticas, financieras, etc.

12.- Por no existir hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, se trajeron los autos en relación y se escuchó el alegato del abogado de la parte denunciada.

CONSIDERANDO:

1º. Que del tenor literal del documento que corre a fs. 1 de autos, esto es, la Circular que con fecha 10 de Octubre de 1979 dirigiera a sus asociados la Asociación Nacional de Avisadores (ANDA), se desprende claramente que la intención del Directorio de dicha Asociación fue la de recomendar a tales asociados, tratándose de diarios y revistas, la contratación de su publicidad exclusivamente en los medios afiliados al Instituto Verificador de Circulación (IVC), con prescindencia de los medios de publicidad que no estuvieren afiliados a dicho Instituto.

2º. Que ha quedado acreditado en autos que el IVC es un departamento técnico de ACHAP, en cuyo comité asesor participa un representante de ANDA, y que a él están afiliados sólo algunos medios de publicidad, los que para tener tal calidad deben pagar cuotas mensuales, como aparece a fs. 26 de este expediente.

3º. Que toda recomendación destinada a canalizar la publicidad de los usuarios en un determinado medio de difusión es objetivamente contraria a las normas que se contienen en el Decreto Ley N° 211, de 1973, porque tiende a impedir la libertad de elección que, necesariamente, debe existir en un mercado competitivo, por lo que debe considerarse como un arbitrio que tiene como finalidad restringir o entorpecer la libre competencia, en los términos previstos en el artículo 2º, letra f), de dicho cuerpo legal.

4º. Que, en efecto, la elección de los medios de publicidad debe estar sometida por entero a la libre voluntad o determinación de quienes quieren recurrir a ella, de suerte que cualquier anomalía que se produzca debe quedar sometida a la corrección que haga el propio mercado, sin que tal corrección pueda provenir de quienes puedan estar interesados en canalizar la publicidad en una sola dirección o hacia medios de publicidad determinados, como sucede en la especie, por las vinculaciones que ANDA tiene con el IVC.

5º. Que para que opere la norma sancionatoria de los atentados a la libre competencia no es necesario que la recomendación reprochada haya sido obligatoria para quienes iba dirigida, ya que la sola sugerencia que ella contiene sirve para atentar contra la libre competencia en las actividades publicitarias y, por ende, para ser acreedora a sanción legal.

6º. Que si bien puede aceptarse que la recomendación en cuanto tal no constituye una imposición que obligue necesariamente a quienes va dirigida, sin embargo no puede desconocerse que ella expresa la intención de obtener que cada uno de los asociados de ANDA canalice su publicidad a través de los medios de difusión que ella recomienda y que son los afiliados al Instituto Verificador de Circulación IVC, en cuya marcha ANDA tiene interés, con exclusión de todo otro.

7º. Que también es evidente que, si bien la recomendación puede no tener carácter obligatorio, ella no resulta inocua, ya que es inductiva a que los asociados de ANDA lleven su publicidad sólo a determinados medios de difusión: los afiliados al IVC. Además, debe tenerse en cuenta que quién formula una recomendación desea que ella sea seguida, ya que de otra manera no la formularía, siendo su simple formulación, con independencia del resultado conseguido, suficiente para merecer la sanción legal correspondiente.

8º. Que el descargo de la denunciada, en el sentido de que la publicación de la Circular de ANDA no había sido ordenada por ella, siendo ésta de exclusiva responsabilidad del periódico que publicó su texto, no puede considerarse para exonerarla de responsabilidad, pues ésta emana del hecho de que la referida Circular fue emitida en los términos que ella contiene y no de su difusión en un medio de publicidad.

Y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1º, 2º letra f), 17, 18 y 24 del Decreto Ley N° 211, de 1973.

SE DECLARA: Que se acoge el requerimiento del señor Fiscal Nacional y se impone a la Asociación Nacional de Avisadores ANDA, una multa ascendente a ciento sesenta mil pesos (\$ 160.000.-).

Notifíquese al señor Fiscal Nacional y a la Asociación Nacional de Avisadores ANDA, con domicilio en Avenida Pedro de Valdivia N° 0200, Oficina N° 54, representada por su Gerente doña María Isabel Castillo, del mismo domicilio.

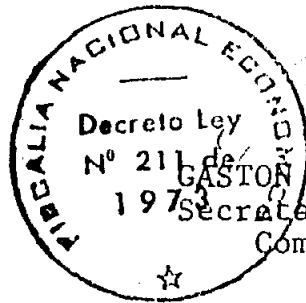
[Handwritten signature]
S. N. 1110,

[Handwritten mark]
401111

[Handwritten signature]
En virtud de

[Handwritten signature]
S. N. 1110,
Abogado

Pronunciada por los señores Víctor Manuel Rivas del Canto, Ministro de la Excm. Corte Suprema y Presidente de la Comisión, don Aldo Monsálvez Muller, Director Subrogante de la Dirección de Industria y Comercio, don Hugo Rosende Subiabre, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y don Iván Yáñez Pérez, Decano de la Facultad de Administración y Economía de la Universidad Técnica del Estado. Gastón Mecklenburg Vásquez, Secretario Abogado de la Comisión.-



GASTÓN MECKLENBURG VASQUEZ
Secretario Abogado de la H.
Comisión Resolutiva