

REPUBLICA DE CHILE
COMISIÓN PREVENTIVA CENTRAL
AGUSTINAS N° 853, PISO 12
SANTIAGO

CPC. N° 1198/

ANT.: Denuncia de Zhar Publicidad S.A. en
contra de Municipalidad de Recoleta.
Rol N° 406-01

MAT.: Dictamen de la Comisión.

Santiago, 15 DE MARZO DE 2002

1.- Don René Montenegro López, empresario, en su calidad de gerente general de la empresa Zhar Publicidad S.A., en adelante Zhar, ambos con domicilio en calle Carrión N° 1410, comuna de Independencia, Santiago, ha formulado ante la Fiscalía Nacional Económica, denuncia contra de la I. Municipalidad de Recoleta, por lo que considera atentado a la libre competencia.

2.- Funda su reclamo en que con fecha 16 de agosto de 2001, la Municipalidad de Recoleta celebró un contrato con la empresa "Grupo Sarmiento", en virtud del cual se otorga a esta última el derecho exclusivo a explotar, con fines publicitarios, los espacios que se consideran para estos efectos en los distintos elementos de mobiliario urbano que la referida empresa se obliga a instalar en esa comuna. Como contrapartida, el Municipio se obliga a no otorgar concesión ni permiso precario alguno de carácter publicitario a terceros, respecto de dicho mobiliario y de elementos publicitarios ubicados en la vía pública, durante el período de vigencia del convenio, que se extiende por ocho años, renovables.

3.- Como resultado de lo anterior, la Municipalidad habría puesto término, en forma que la denunciante estima ilegal y arbitraria, a todos los convenios y permisos precarios sobre bienes nacionales de uso público existentes con otras empresas de publicidad, que estaban operando en la comuna. En el caso particular de la denunciante, se habría puesto término a los dos convenios que se encontraban vigentes en ese momento (el primero, relativo a dos relojes o paletas publicitarias y, el segundo, relativo a 33 refugios peatonales con publicidad), por medio de los Decretos Alcaldicios Nos. 2482 y 2483, ambos de fecha 9 de agosto de 2001, cuyas copias acompaña, dándose como fundamento de ello "la necesidad de ordenar el espacio público de la comuna", situación de la cual habría sido notificada en la misma fecha en que se celebró el contrato con Grupo Sarmiento. Hace presente que los plazos de vigencia de ambos convenios eran de 4 años, renovables, por lo que el próximo vencimiento estaba previsto para el año 2004. Agrega que, como consecuencia de lo anterior, entre los días 23 de agosto y 2 de septiembre de 2002, el Municipio habría retirado de la vía pública todos los relojes de ZHAR, reemplazándolos por elementos publicitarios de la empresa "Grupo Sarmiento".

4.- A juicio de la denunciante, el contrato celebrado entre la Municipalidad de Recoleta y el Grupo Sarmiento contiene elementos que atentan contra la libre competencia, ya que si bien, aparentemente, es un "permiso precario", en realidad se trata de una concesión, toda vez que otorga un derecho exclusivo. A su entender,

el precario no otorga un derecho preferente, ni menos un derecho de uso exclusivo, sobre el bien nacional de uso público de que se trate. Además, agrega, en este caso existen contraprestaciones recíprocas que desvirtúan el carácter de precario (obligaciones para Grupo Sarmiento de un pago anual, otorgamiento gratuito de espacios publicitarios al Municipio en algunos de los elementos que dicha empresa posee en otras comunas y la entrega de dos retenes móviles a la Municipalidad, para cumplir funciones de seguridad ciudadana).

Sin perjuicio de lo anterior, se explaya en la interpretación del artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en donde se establece las obligaciones que un municipio debe cumplir a la hora de celebrar un contrato, siendo imprescindible el llamado a licitación pública cuando se trata de concesiones o de contratos que involucren bienes o cuyo valor sea superior a 200 UTM. En el caso que se denuncia, el contrato objetado supera ampliamente dicha suma, por lo tanto, estima el denunciante, debió llamarse a licitación pública o, en su defecto, debió dejarse constancia en el Concejo Municipal respectivo, en orden a autorizar una propuesta privada, por razones de circunstancias urgentes o debidamente calificadas que así lo aconsejen y que, en este caso, no se advierten. Menciona, asimismo, el artículo 36 de la Ley referida, que señala que las concesiones darán derecho al uso preferente del bien concedido, pero no a la exclusividad de los bienes nacionales de uso público.

Concluye solicitando se analice el referido contrato y se adopten las providencias necesarias para impedir que surta todos sus efectos.

5.- En respuesta a la denuncia, el Alcalde de la I. Municipalidad de Recoleta, informa a la Fiscalía Nacional Económica, que ese municipio no convocó a “licitación pública” para otorgar la concesión para instalar, con el carácter de exclusivo, elementos publicitarios en esa comuna, sino que, en uso de sus facultades de administración, otorgó un “permiso de uso precario”, respecto del cual no procede llamar a licitación. A su juicio, aún en el supuesto de que se pretendiera asimilar ese permiso a la figura de una concesión, tampoco hubiere procedido llamar a licitación pública, ya que no se trataría de aquéllas señaladas en el artículo 8° de la Ley Orgánica de Municipalidades, que sí la requieren.

En cuanto a la “exclusividad” otorgada, señala que ésta es relativa, ya que se refiere sólo a determinados elementos publicitarios que se instalarán en la comuna (tales como 6 vallas prismas, 70 refugios peatonales, 100 paletas publicitarias y 24 vallas monumentales), y las empresas interesadas pueden acceder a otros elementos publicitarios en la vía pública u obtener la instalación de éstos en inmuebles privados.

6.- Señala que las razones jurídicas que se tuvieron en consideración para otorgar el permiso a la empresa “Grupo Sarmiento” se entienden a partir de las atribuciones esenciales y facultades privativas que, para el cumplimiento de sus funciones, tienen las municipalidades, las que se encuentran contenidas en la Ley N° 18.695, específicamente en las letras c) y e), del artículo 5° y en el artículo 8° de la misma, que transcribe. Cita, asimismo, el artículo 36 y 63, letra g) de dicha Ley, de cuyo análisis infiere, en síntesis, que es facultad del Municipio otorgar los permisos o concesiones que se le soliciten, respecto de los bienes municipales y nacionales de uso público, y, para ello, no se requiere de licitación pública previa; el otorgar, renovar y poner término a permisos municipales, constituye una atribución discrecional de los alcaldes y a ello se debe que el permiso otorgado a “Grupo Sarmiento” no haya sido ratificado o aprobado por el Concejo Municipal, trámite que

sólo procede respecto de las concesiones (artículo 65, letra i) de la Ley). Hace presente que la inclusión de la cláusula de ratificación y aprobación del Concejo, en el convenio referido, se hizo a solicitud de Grupo Sarmiento sólo para dar mayor transparencia al acuerdo. Finalmente expresa que las concesiones, al otorgar al concesionario un derecho privativo de uso, importan una restricción a los derechos de la generalidad de los ciudadanos, y entre ellos a la libre competencia, pero no atentan contra ella, si se observan razonables limitaciones, como ocurre en este caso, no obstante que se trata de un permiso y no de una concesión. Al respecto, cita la Resolución N° 156, de fecha 15 de septiembre de 1983, de la H. Comisión Resolutiva;

Finalmente, esgrime como justificación la cuestión económica, argumentando que el contrato con el Grupo Sarmiento ha significado un importante aumento de recursos desde que las empresas de publicidad que antes gozaban de este permiso aportaban, en su conjunto, \$ 24.500.000 al año y la empresa Grupo Sarmiento aporta \$ 150.000.000, por igual período.

7.- A fs 59, corre el informe Fiscal, que luego de analizar los distintos aspectos del asunto sometido a la decisión de esta Comisión, concluye en que en la especie ha habido infracción a las normas de la libre competencia y recomienda medidas destinadas a reparar esta situación.

8.- La cuestión a resolver, como se aprecia, es si el alcalde la I. Municipalidad de Recoleta, pudo legítimamente celebrar un contrato como el de la especie, en la forma que lo hizo, es decir, directamente, sin necesidad de concurso previo. Para dilucidar esta situación, necesariamente el asunto debe analizarse desde una doble perspectiva, esto es, teniendo en consideración la normativa que regula la labor municipal, es decir, la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, y la normativa que regula la libre competencia, el Decreto Ley N° 211, de 1973.

9.- En cuanto a la primera, la cuestión radica en determinar, sobre la base de los antecedentes aportados, si lo que se otorgó mediante el contrato que se impugna es un simple permiso o, por el contrario, es una concesión. De los antecedentes acompañados a la causa, fluye que la Municipalidad de Recoleta ha entregado a una empresa privada un número de espacios importantes, situados en bienes nacionales de uso público ha objeto de que en ésta los explote con fines publicitarios. Con este objeto ha celebrado un contrato que tiene un plazo de duración de 8 años, renovables, comprometiéndose, además, la municipalidad a no otorgar concesión ni permiso precario alguno de carácter publicitario a terceros, respecto del mobiliario urbano materia del contrato y de "elementos publicitarios ubicados en la vía pública, tales como vallas prismas, supersites prismas, vallas monumentales, paletas, y otros...", durante el período de vigencia del contrato y sus renovaciones, según se establece en la cláusula sexta del referido contrato.

10.- Según prescribe el inciso segundo, del artículo 36, de la Ley N° 18.695 : "los permisos son esencialmente precarios y podrán ser modificados o dejados sin efecto, sin derecho a indemnización". El inciso tercero de la misma disposición, establece que "las concesiones darán derecho al uso preferente del bien concedido, en las condiciones que fije la municipalidad". También pueden ser dejados sin efecto, pero en este caso debe concurrir una razón o motivo poderoso, de la envergadura de los que se indica en la misma disposición y a diferencia de lo que ocurre con el permiso, el término anticipado origina indemnización para el concesionario, si la razón de ello no es atribuible a incumplimiento de su parte.

11.- Del sólo análisis de esta disposición, resulta evidente para esta Comisión, que aún cuando la municipalidad le de el nombre de permiso, lo que ha otorgado es una concesión. Lo demuestra no sólo el hecho de la permanencia, ocho años renovables, sino que el uso preferente, que en lo contractual adquiere el carácter de exclusivo y excluyente, según se lee de la cláusula sexta del contrato en cuestión.

12.- A mayor abundamiento, de las obligaciones que ambas partes asumen en el contrato, queda en evidencia que la municipalidad se desprendió de la facultad esencial que caracteriza al "permiso", cual es la posibilidad de ponerle término en cualquier tiempo, sin expresión de causa y sin derecho a indemnización. En efecto, no sólo se comprometió a otorgar estos espacios por un período prolongado de tiempo, sino que desde que por ello pactó un precio considerable como renta anual, \$150.000.000.- (ciento cincuenta millones de pesos), es del todo evidente que no podrá, en lo sucesivo, poner término a éste, a su sólo arbitrio, no sólo porque la obliga un plazo que debe respetar, sino un precio que no puede ignorar, sin que ello signifique romper la conmutatividad de la obligaciones y asumir las consecuencias esencialmente indemnizatorias que ello acarrearía.

13.- El derecho exclusivo para el diseño, fabricación, instalación, mantención y explotación del mobiliario urbano, con soporte publicitario, en los bienes nacionales de uso público de la comuna de Recoleta otorgado por la Municipalidad a la empresa Grupo Sarmiento es, a juicio de esta Comisión, una concesión y, en los términos del artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, debió haber precedido una licitación pública para otorgarse validamente.

14.- Ahora bien, desde el punto de vista de la normativa de la libre competencia, resulta evidente que el procedimiento empleado por la municipalidad de Recoleta la transgrede, puesto que no ha permitido a terceros la posibilidad de participar de un negocio al cual legítimamente pudieron haber accedido. El otorgamiento de concesiones es una herramienta de gestión con la cuentan los gobiernos locales para desarrollar las actividades que la ley les encomienda y ellas pueden entregarse en forma exclusiva a una persona natural o jurídica. Sin embargo, para que ello sea posible, es necesario que se emplee un procedimiento transparente y objetivo que sumado a otras condiciones, permitan competir en igualdad de condiciones a todos aquellos que cumplan los requisitos que para estos efectos establezca la municipalidad. La ausencia de estos elementos en una contratación como las de este tipo, constituye una arbitrio que la elimina, y la contratación directa, sin la posibilidad de que participen terceros, constituye una barrera a la entrada a un negocio que por esencia debe admitir la pluralidad, la objetividad y la transparencia, en una sola palabra, la "competitividad", no sólo por mandato de la ley que regula la libre competencia, sino que por imperativo de la propia Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

En consecuencia, en virtud de lo considerado precedentemente y atendido lo dispuesto en las normas legales citadas, se acoge la denuncia presentada por don René Montenegro López, en representación de Zhar Publicidad S.A. y se declara que el contrato que la Municipalidad de Recoleta ha celebrado con el Grupo Sarmiento por el cual se le entrega la explotación del mobiliario urbano con fines publicitarios en bienes nacionales de uso público que dicha municipalidad administra, transgrede la normas de la 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. Consecuente con lo anterior, esta Comisión previene a la I. Municipalidad de Recoleta para que dentro de un plazo de 30 días corridos ponga término a dicho contrato, bajo apercibimiento

de solicitar al Sr. Fiscal Nacional Económico que deduzca el correspondiente requerimiento ante la Honorable Comisión Resolutiva a objeto de que ésta aplique las sanciones que contempla el Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia.

Notifíquese al Sr. Fiscal Nacional Económico, a Zhar Publicidad S.A. y a la I. Municipalidad de Recoleta.

El presente dictamen fue acordado en la sesión del día 8 de marzo de dos mil dos, por la unanimidad de los miembros presentes, señores Rodemil Morales Avendaño, Presidente (s), José Yáñez Henríquez y Carlos Castro Zoloaga.