

C.P.C. N° 498/1203

MAT. Dictamen de la Comisión

SANTIAGO, **4 NOV. 1985**

1.- Mediante presentación de 30 de Agosto del año en curso, Ludolf Lausen Kuhlmann, en su calidad de Director General de la Dirección General de Metro, ambos domiciliados en esta ciudad, Avda. Libertador Bernardo O'Higgins N° 1426, conjuntamente con solicitar la nulidad de todo lo obrado en relación con el dictamen N° 536/104, de 22 de Enero de 1985, de esta Comisión, el cual que le fue aceptada en su oportunidad, ha manifestado que los contratos objetados en el referido dictamen -por los cuales su representada dio en arrendamiento a la sociedad anónima Itrias Heres de Formas e Iluminación, en adelante Heres, paneles espacios publicitarios ubicados en estaciones y coches del Metro de Santiago- no han vulnerado el Decreto Ley N° 211, de 1973

Fundamenta su presentación en los siguientes términos:

1.1.- CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS.

a) En relación con los contratos celebrados por la Dirección General de Metro con diversas empresas públicas desde 1975 hasta la fecha, es preciso tener presente, entre otras cosas: la alta inversión en que debe incurrir la empresa que efectúe la publicidad (relojes, marcos de aluminio, acrílicos etc.), la que en la actualidad sería del orden de \$ 20.000.000 exigencia de esa Dirección de que la publicidad que se haga en los recintos sea de óptima calidad, tanto en contenido como en presentación y de que la empresa que la realice posea un sólido prestigio en el mercado respectivo, conocimiento del medio "vía pública" y manejo de una adecuada política de comercialización; que el trato, especialmente en cuanto a su plazo, ofrezca, a su vez

avisadores condiciones de estabilidad contractual y, por él que, para los efectos de comercializar la propaganda, se consideren las dos líneas del Metro en conjunto, ya que presentan importantes diferencias en cuanto a focos de publicidad.

b) Todos los contratos a que se refiere la letra d) precedente han sido aprobados por Resolución de la Dirección General de Metro y la Contraloría General de la República, tomado razón de ellos, por lo que estiman han sido suscritos en arreglo a derecho.

1.2.- DE LA CELEBRACION DEL CONTRATO CON LA SOCIEDAD INDUSTRIAS HERES DE FORMA E ILUMINACION.

a) La Dirección General de Metro es una entidad dependiente del Ministerio de Obras Públicas y sus normas técnicas básicas están contenidas en el Decreto Ley N° 257, de que la creó; en el Decreto Ley N° 1.129, de 1975; en la Ley 15.840, cuyo texto refundido consta del Decreto N° 294, de 2 Septiembre de 1984, del Ministerio antes mencionado, publicada en el Diario Oficial de 20 de Mayo de 1985 y en el Decreto N° 517 de Mayo de 1974, del mismo Ministerio, publicado en el Diario Oficial de 12 de Octubre de 1974, que aprobó el Reglamento Orgánico y de Funcionamiento de dicha Dirección General.

b) El Director General de Metro está facultado para el arrendamiento de bienes muebles fiscales (arts. 1° del Decreto Ley N° 257, de 1974 y 11° de la Ley N° 15.840) y bienes muebles que estén bajo su administración (art. 2° del Decreto Ley N° 1.129 de 1975).

Se aplican también a esta Dirección -según lo dispone el artículo 1° del Decreto Ley N° 1.129, antes citado- las disposiciones del D.F.L. N° 94, de 1960 y demás normas legales y reglamentarias relativas a la Empresa de Ferrocarriles del Estado.

c) Con arreglo a esas disposiciones celebró con la en Heres el convenio ad-referendum de 11 de Marzo de modificado por convenio de 20 de Abril de 1981, aprobados por luciones de la Dirección General de Metro N<sup>o</sup>s 240, de 9 de Abr 1980 y 214, de 12 de Mayo de 1981, respectivamente, de las que razón la Contraloría General de la República.

El objeto esencial de dicho contrato es dar en arr miento a Heres espacios destinados a publicidad ubicados en es nes del Metro, sus accesos y el interior de los coches, por un zo de 6 años, con cláusula de renovación, a contar del 1<sup>o</sup> de Ab de 1980, por una renta equivalente al 37% del valor neto de fa ción que por cada panel y por cada espacio cobre la arrendataria a ceras personas, mensualmente.

d) Las disposiciones mencionadas en las letras a) y b) cedentes, que rigen la celebración del referido con to, no establecen que éste deba celebrarse mediante propuesta p ca, sujeto a un determinado plazo, sin cláusula de renovación a mática o bajo otras modalidades preestablecidas.

Lo anterior se vería reforzado con el principio de pretación legal denominado "a contrario sensu", toda vez que mente en ciertos casos las normas legales aplicables a la Direc General de Metro prescriben la observancia de determinadas form dades obligatorias, como ocurre con los contratos de obras públ (artículo 86<sup>o</sup> de la Ley N<sup>o</sup> 15.840) y los de consultoría (Decret 334, del Ministerio de Obras Públicas, publicado en el Diario O de 11 de Febrero de 1985) que, por regla general, deben celebra por propuesta pública.

A mayor abundamiento, los preceptos que imponen la vancia de modalidades obligatorias en la celebración de determi contratos, deberían interpretarse en sentido estricto. No obst el Servicio puede aplicar a otros contratos el sistema de propu pública pero sólo como una decisión unilateral y discrecional d parte.

Por lo tanto, el Servicio a su cargo puede suscribir contratos que otorguen la explotación de la publicidad en el extranjero en las condiciones que él fije, teniendo en vista el interés de la Institución.

e) Por otra parte, estima aplicable a la Dirección General de Metro el artículo 5º del Decreto Ley N° 211, que expresa que sin perjuicio de dicho cuerpo legal continúan vigentes las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la creación y funcionamiento de las empresas de servicios públicos entre otras. Esto, teniendo en cuenta que rige respecto de dicha Dirección la legislación de la Empresa de Ferrocarriles del Estado que la publicidad corresponde a una actividad enmarcada dentro de su funcionamiento.

Si se estimare que las normas orgánicas de la Dirección General de Metro, en especial el artículo 2º del Decreto Ley 1.129, de 1975, limitan o eliminan la libre competencia con perjuicio para el interés común, sólo procedería que la H. Comisión Legislativa solicitara su modificación o derogación. En tanto ello ocurra, dicha norma legal continúa plenamente vigente, especialmente porque su dictación es posterior al Decreto Ley N° 211, tantas veces mencionado.

Por consiguiente, el contrato de que se trata u otro de igual naturaleza que celebre esa Dirección debe considerarse plenamente válido y los organismos antimonopolios no estarían facultados para establecer limitaciones a su respecto.

### 1.3.- DEL MERCADO DE LA PUBLICIDAD.

Indica que de los estudios de inversión publicitaria emitidos anualmente por la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad, ACHAP, se desprende que el mercado de la publicidad en nuestro país se desarrolla a través de seis medios distintos, ocupando el medio "vía pública" el penúltimo lugar dentro de la inversión con un porcentaje exiguo.

Dicho medio presenta, también, diversas alternativas entre las cuales se encuentra la publicidad en el Metro, la sólo representaría el 1,2% del volumen invertido en ese rubro durante un año, con una incidencia en el medio vía pública inferior al 50%.

En apoyo de lo antes señalado acompaña un cuadro total de la inversión publicitaria realizada en el país por medio de propaganda comercial, durante los años 1982, 1983 y 1984 en los distintos medios, traducida en porcentajes.

#### 1.4.- NORMAS SOBRE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Se refiere a las motivaciones de la dictación de la Ley N° 211, de 1973, cuyas disposiciones estarían llamadas a impedir los hechos o arbitrios que tengan por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.

Reitera que, a su juicio, el artículo 5° del mencionado cuerpo legal debe considerarse aplicable a la Dirección General de Metro.

#### 1.5.- EXAMEN DEL DICTAMEN DE LA COMISION PREVENTIVA

Bajo este título el señor Director General de Metro hace un análisis del dictamen N° 463/104, emitido por esta Comisión el 22 de Enero del año en curso, con motivo de la denuncia formulada por la sociedad Comercial Urbe Limitada, en relación con el convenio ad-referendum celebrado entre la Dirección General de Metro y la Empresa HERES, por el cual se autoriza a ésta a efectuar publicidad en el Metro de Santiago, calificando esta situación como práctica monopólica.

Expresa que esta Comisión Preventiva Central, cuando lo informado por la Fiscalía Nacional Económica, estableció el referido dictamen, que el convenio mencionado al entregar a sola empresa la explotación de la publicidad en el Metro de Santiago, por un plazo de seis años, plazo que puede renovarse indefinidamente, vulnera las normas sobre libre competencia contenidas en la Ley N° 211, de 1973.

el Decreto Ley N° 211, de 1973, al impedir durante todo ese po, el acceso a terceros interesados en la explotación del rido servicio.

Manifiesta su desacuerdo con dicho dictamen por razones que indica:

a) En primer término, para juzgar adecuadamente los ces jurídicos del contrato en relación con las d ciones del Decreto Ley N° 211, es necesario considerarlo como figura afin a las concesiones, especialmente en cuanto a sus tos o aplicación.

Desde esta perspectiva y desde el punto de vista mico, es de la esencia que el contrato conceda en exclusividad explotación de la actividad publicitaria y, por la misma razo pida el acceso a terceros durante su vigencia.

b) Para aceptar que los convenios suscritos con HERI van en infracción de las normas del Decreto Ley l se requeriría dejar establecido, inequívocamente, que la ejec de aquéllos constituye práctica monopólica, en tanto atender tra una sana competencia, y distorsionen el mercado en perjud de la colectividad; todo como resultante de la alteración de bre concurrencia de la oferta y la demanda, lo que no ocurre presente caso por las consideraciones que señala, la mayoría cuales son reiteración de lo ya expresado en la misma present

En lo concerniente al plazo de duración del contr (seis años), estima no es excesivo como pudiera aparecer, si sidera el monto de la inversión que debe efectuar la empresa tante y la necesidad de no producir mermas en los ingresos pa Dirección General de Metro.

En cuanto a que por la vía de la renovación del c to, éste pudiera ser de duración indefinida, expresa que sólo

considerarse como expectativa y no como una modalidad cierta que contractualmente es permisible no prorrogarlo e incluso, determinadas circunstancias, ponerle término anticipado.

Señala que, de otra parte, razonando con el dictamen de la Comisión, podrían entender que por el solo hecho de entrega de arriendo, por un plazo de 6 o más años, con o sin cláusula de renovación, un inmueble, negocio o empresa, que serían situaciones similares al contrato con Heres, constituiría infracción al artículo 2º de la Ley N° 211, de 1973, lo que evidentemente debe desecharse como un plano, puesto que, además, no es posible determinar qué plazo es razonable.

Concluye que de todo lo expresado resulta claro que el contrato celebrado con Heres no vulnera los preceptos del Decreto Ley N° 211, de 1973, toda vez que no existe hecho o arbitrio que elimine, restrinja o entorpezca la libre competencia.

Por lo tanto, solicita que esta Comisión emita un dictamen sobre la materia, declarando, en definitiva, lo siguiente:

- a) Que los convenios celebrados con Heres no transgreden el Decreto Ley N° 211, de 1973;
- b) Que la Dirección General de Metro está facultada para celebrar contratos de esta especie, con o sin participación pública, por el plazo y condiciones que estime conveniente o sin cláusula de renovación automática, pudiendo, además, en forma exclusiva la publicidad en el Metro a una sola empresa, en conformidad con lo dispuesto fundamentalmente en el artículo 2º del Decreto Ley N° 1.129 de 1975, y en el artículo 5º del Decreto Ley N° 211, de 1973.
- c) Que estando vigente el Decreto Ley N° 1.129, citado, no es posible limitar las facultades de esa Dirección General, de acuerdo con lo señalado por el inciso final del artículo 5º del Decreto Ley N° 211, de 1973, salvo que por ley se hubiere impuesto restricciones, y

d) Que se deje sin efecto el dictamen N° 463/104, de 22 de Enero de 1985.

2.- La Fiscalía Nacional Económica, a fojas 106 de estos autos ha expuesto en relación con esta materia lo siguiente:

2.1. La circunstancia de que los contratos celebrados por la Dirección General de Metro con empresas particulares, sobre publicidad en el Metro, hayan sido autorizados por resolución de dicha Dirección y de que haya tomado razón de ellos la Corte General de la República, no obsta a que puedan ser objeto desde el punto de vista de la libre competencia, toda vez que los únicos organismos facultados para pronunciarse en relación con esta materia son los creados por el Decreto Ley N° 211, de 1973

2.2.- Si bien las normas básicas que rigen la Dirección General de Metro facultan a ésta para arrendar los espacios publicitarios ubicados en las estaciones del Metro y sus cochabuses, ello no significa que pueda hacerlo con infracción de las normas que regulan la libre competencia.

2.3.- Respecto a que sería aplicable a la Dirección General de Metro la norma de excepción del artículo 5° del Decreto Ley N° 211, de 1973, y, en consecuencia el contrato de que se trata u otro de igual naturaleza que aquélla celebre debe considerarse válido, no estando facultados los organismos antimonopolios para establecer limitaciones a su respecto, dicha afirmación debe también ser desechada.

En efecto, tal como lo han sostenido reiteradamente los organismos mencionados, el artículo 5° del Decreto Ley N° 211 de 1973, se limita a salvar la vigencia de determinadas disposiciones legales o reglamentarias que, de no mediar esta norma, habrían quedado inexcusablemente derogadas con la publicación de dicho cuerpo legal, siendo éste su único alcance.

Por otra parte, ni el citado artículo 5° ni ninguna otra disposición legal establecen que las disposiciones del De



Ley N° 211 no se aplican a la Dirección General de Metro, y tampoco existe ninguna norma legal que permita a ésta, en el ejercicio de sus atribuciones, prescindir de las normas de dicho texto legal.

2.4.- Contrariamente a lo que sostiene el señor Director General de Metro resulta evidente que el hecho de otorgar a una sola empresa la exclusividad en la explotación de la publicidad en el Metro por un largo plazo, como son seis años susceptible de ser renovado indefinidamente por períodos iguales constituye una transgresión a las normas de la libre competencia toda vez que importa una limitación al libre acceso de terceros interesados en explotar ese servicio.

2.5.- Por las razones señaladas, la Fiscalía mantiene la opinión expresada en el Oficio N° 862, de 14 de noviembre de 1984, en el sentido de que al término de vigencia del actual contrato, debe llamarse a licitación, a fin de que puedan presentarse todos aquéllos que estén interesados en explotar el servicio referido, incluida la actual concesionaria, y que el plazo que se establezca en el nuevo contrato sea de una duración razonable.

2.6.- En cuanto a que la publicidad en el Metro representa un porcentaje muy reducido del volumen que se invierte anualmente en publicidad en los distintos medios en que esta se realiza, es indudable que se trata de un giro comercial de interés dado el gran número de personas que utiliza diariamente este medio de transporte.

Concluye el señor Fiscal Nacional solicitando a la Comisión la misión mantener en todas sus partes la doctrina del dictamen N° 463/104, de 1985.

3.- Don Miguel de Heeckeren Lyon, en representación de "Heeckeren S.A.", a fs. 136 expresa que, a su juicio, desde el punto de vista jurídico y especialmente a la luz del derecho administrativo

tivo, los convenios celebrados por su representada con la Dirección General de Metro produjeron ejecutoria, toda vez que fueron aprobados por resoluciones de dicha Dirección, de las cuales razón la Contraloría General de la República y que hasta la no han sido motivo de recurso alguno, por lo que legalmente absolutamente inobjetable y válidas.

Hace presente que, sin perjuicio de lo anterior, comparten plenamente los hechos expuestos y el análisis jurídico planteado por la Dirección General de Metro.

3.1. En cuanto a la presunta actitud monopólica de su representada, señala que del análisis de los considerandos del Decreto Ley N° 211, de 1973, se desprende que su dictación tuvo otro objetivo que evitar que las personas naturales o jurídicas realicen actividades monopólicas, ya sea fijando precios o vendiendo productos de baja calidad, presupuestos que no se aplican respecto de las actividades que desarrolla Heres.

Indica que, en primer lugar, cualquiera persona puede publicitar no sólo en las estaciones y carros del Metro sino también, la publicidad se ofrece a precios de mercado, esto es plena aplicación de la ley de la oferta y la demanda.

Expresa que por razones de mercado, las empresas citadas no pueden imponer en forma unilateral el costo de la publicidad, ya que ella se derivaría a otros medios menos onerosos con mayor difusión.

Respecto de la calidad de la publicidad efectuada por su representada, declara que es óptima, tanto en lo técnico como en lo material, según lo han reconocido sus avisadores y la Dirección de Metro.

3.2. A continuación señala los fundamentos por los que, según su opinión, el contrato de arrendamiento de espacios publicitarios del Metro no es una actividad monopólica.

que dicen relación con los distintos medios de publicidad de que dispone en Santiago el inversionista publicitario; el número de inversionistas en este rubro y el monto de la inversión individual de éstos; la circunstancia de que la elección de los medios depende no sólo de las tarifas sino también de las posibilidades intrínsecas de cada medio (aspectos cualitativos y cuantitativos) y de los factores de confianza y de continuidad.

3.3.- A su juicio, para que pueda existir una acción reguladora pública en un servicio publicitario como el de "vía pública", sería necesario que todas las concesiones y lugares que se autoriza publicidad exterior fueran manejadas en exclusiva por una sola empresa, criterio que estima aplicable a cualquier otro medio.

4.- A fs. 139, la Dirección General de Metro, por intermedio de sus abogados señores Arcenio Barría y José A. Gutiérrez Zález, ratifica íntegramente lo expresado por ella en su presentación de 30 de Agosto pasado y solicita se tengan presentes, además, las consideraciones que indica, las que en su mayor parte constituyen una reiteración de lo ya expuesto en el escrito mencionado, haciendo hincapié en que el contrato celebrado con la ciudad de Heres legalmente es un contrato de arrendamiento.

5.- Por su parte, la denunciante expresa a fs. 140 que el fallo de esta Comisión N° 463/104, se encuadra dentro de las normas vigentes y se atiende en todo a los antecedentes existentes sobre la materia.

Hace presente que el agudo y progresivo aumento del volumen de pasajeros que ocupan los servicios del Metro, pone claramente de relieve la importancia que tiene en este momento en el medio publicitario, la publicidad efectuada a través de este medio.

Concluye solicitando se deniegue la solicitud presentada por la Dirección General de Metro y se confirme en todas y cada una de las partes.

de sus partes el dictamen mencionado, por ajustarse a las normas legales vigentes y haber sido dictado en defensa de la libre competencia en las actividades del rubro publicidad dentro del territorio nacional.

6.- En relación con las argumentaciones dadas por la Dirección General de Metro como fundamento de su petición para que declare que los convenios celebrados con la sociedad Heres no vulnerado las normas contenidas en el Decreto Ley N° 211, de 1973, a juicio de esta Comisión, ellas deben ser desechadas en virtud de las consideraciones que se señalan a continuación.

6.1. Se ha dicho por la Dirección General de Metro y también bien por la sociedad Heres, que los convenios referidos deben estimarse ajustados a derecho por cuanto han sido aprobados por resoluciones de dicha Dirección, de las cuales tomó conocimiento la Contraloría General de la República.

Al respecto, esta Comisión estima que las circunstancias señaladas no impiden que estos contratos puedan ser objeto desde el punto de vista de la libre competencia por los organismos creados por el Decreto Ley N° 211, de 1973, precisamente para conocer de estas materias, respecto de las cuales ningún pronunciamiento habría podido emitir la Contraloría General.

6.2. Se ha señalado, asimismo, que la Dirección General de Metro está facultada, conforme con lo dispuesto en las normas orgánicas que la rigen y especialmente el artículo 2° del Decreto Ley N° 1.129, de 1975, para celebrar contratos de esta especie, con o sin propuesta pública, por el plazo y condiciones que estime convenientes, con o sin cláusula de renovación automática, toda vez que las normas mencionadas no establecen la observancia de determinadas formalidades para este tipo de contratos.

A juicio de esta Comisión el hecho de que los referidos actos jurídicos se hayan ajustado en su celebración a las normas

mas orgánicas que rigen a la Dirección General de Metro, no ca que ellos no puedan ser observados desde el ámbito de la competencia, ni los libera, por lo tanto, de cumplir, también con las normas vigentes en esta materia, ya que se trata de ámbitos distintos.

6.3. En cuanto a que se aplicaría a la Dirección General de Metro, en este caso, la excepción del artículo 5º del Decreto Ley Nº 211, de 1973, por regir a su respecto la legislación de la Empresa de Ferrocarriles del Estado y a que la publicidad en el Metro corresponde a una actividad enmarcada dentro del funcionamiento de dicha Dirección, razón por la cual los mismos antimonopolios no estarían facultados para establecer limitaciones o restricciones, dicha aseveración también debe ser rechazada.

Se ha sostenido reiteradamente, tanto por esta Comisión como por la Fiscalía Nacional Económica y la H. Comisión Resolutoria, que el artículo 5º del Decreto Ley Nº 211, de 1973, se limita a salvar la vigencia de determinadas disposiciones legales o reglamentarias que, de no existir esta norma, habrían quedado ineficazmente derogadas con la publicación de dicho texto legal, que éste es su único alcance.

Además, ni el artículo 5º citado, ni ninguna otra norma legal establecen que las disposiciones de dicho Decreto Ley sean aplicables a la Dirección General de Metro como tampoco existe ninguna norma legal que permita a ésta, en el ejercicio de sus atribuciones, prescindir de las normas de ese cuerpo legal.

6.4. Respecto de la existencia de distintas alternativas en el mercado de la publicidad en Chile y que la que efectúa en el Metro de Santiago ocupa un lugar muy reducido de lo que se invierte anualmente en ese rubro, aun cuando ello sea efectivo, es indudable que, por ser el Metro un medio de transporte que es utilizado a diario por un número considerable de personas, dicha publicidad representa un actividad comercial de gran importancia e interés.

6.5. Esta Comisión concuerda con lo expresado por la Dirección General de Metro en el sentido que es de la naturaleza de este tipo de contratos, por ser una figura afin a las concesiones, conceder en exclusividad a una sola empresa la explotación del servicio pero, precisamente, por el carácter exclusivo que tiene, es que considera imprescindible para que se produzca una sana competencia, que dicha actividad no quede entregada por un tiempo indefinido a una sola empresa, sino que cada cierto tiempo debe darse la posibilidad de acceder a ella a terceros interesados en prestar el servicio.

6.6. Por las consideraciones señaladas precedentemente la Comisión mantiene el criterio sustentado en el Decreto N° 463/104, de 22 de Enero de 1985, en el sentido que la exclusividad otorgada por la Dirección General de Metro a la Empresa Heres S.A., para explotar toda la publicidad en el Metro de Santiago por un plazo de seis años, plazo que puede renovarse indefinidamente, transgrede las normas del Decreto Ley N° 2111 de 1973, al impedir, durante todo ese tiempo, que como se advierte puede ser indefinido, el acceso a terceros interesados en la explotación del referido servicio.

Por lo tanto, al vencimiento del actual plazo de seis años a que se ha hecho referencia, la Dirección General de Metro deberá emplear un sistema adecuado para que puedan acceder a la posibilidad de explotar la publicidad en el Metro de Santiago todos aquéllos que estén interesados en efectuarla, incluida la actual concesionaria, a fin de resguardar la transparencia del acto jurídico respectivo.

Igualmente, los contratos que se celebren en el futuro deberán estipular un tiempo de duración razonable, excluyendo la renovación automática del mismo, debiendo utilizarse el sistema antes mencionado al término de cada período.

Notifíquese a la Dirección General de Metro, a la Empresa "Heres S.A."; a la Sociedad Comercial Urbe Limitada y al Señor Fiscal Nacional Económico.

El presente dictamen fue acordado en sesión de 3 de Octubre de 1985, por la unanimidad de los miembros señores Roberto Kravetz Miranda, presidente; Gonzalo Sepúlveda Campos, Arturo Yrarrázaval Covarrubias, Iván Yáñez Pérez y Mario Guzmán Ossa

*[Handwritten signatures and initials]*

Se deja constancia que no firman los miembros señores Roberto Kravetz Miranda y Mario Guzmán Ossa, no obstante haber corrido al acuerdo, por encontrarse ausentes.



*[Handwritten signature]*  
MARIA ANGELICA ORTEGO MATURANA  
Secretaria Abogado Subrogante.

Es copia fiel del original.

MARIA ANGELICA ORTEGO MATURANA  
Secretaria Abogado Subrogante