

Santiago, veintiséis de abril de dos mil diez.

Vistos:

En estos antecedentes Rol N° 9148-2009 se trajeron los autos en relación para conocer de la reclamación interpuesta en contra de la sentencia de doce de noviembre del año dos mil nueve, dictada a fojas 845 por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Dicha resolución rechazó la demanda interpuesta por la Sociedad Editora, Impresora y Distribuidora de Publicaciones y Videos Punto Final S.A. (en adelante Revista Punto Final) respecto de los Ministerios de Hacienda, de Justicia y de Planificación y Cooperación, por supuestas prácticas contrarias a las normas de defensa de la libre competencia, que estarían constituidas por la concentración injustificada de avisaje en medios escritos realizado por esas reparticiones en las dos grandes cadenas periodísticas -las de El Mercurio y Consorcio Periodístico S.A (Copesa), en desmedro de otras empresas del rubro -entre ellas la actora- a las que la demandante denomina “prensa independiente”.

La sentencia rechazó la demanda interpuesta, sin costas, al concluir que no existe antecedente probatorio alguno que permita acreditar que las demandadas hayan discriminado arbitrariamente en contra de la demandante en la contratación de avisaje estatal, ni antecedentes económicos que permitan concluir que las demandadas debieron contratar una mayor cantidad de avisaje en la Revista Punto Final.

Que sin perjuicio de lo resuelto, el Tribunal realizó algunas recomendaciones acerca de las características del mercado de los medios de comunicación escritos en orden a apuntar que desde la perspectiva de la competencia es deseable que los órganos del Estado que avisan en los medios escritos deben recabar la información mínima indispensable para poder decidir cuál medio es el más idóneo o eficaz para transmitir un determinado mensaje. Ello supone que dichos órganos accedan, previo a resolver las adjudicaciones y durante los mismos procesos licitatorios, a la información lo más precisa posible sobre lectoría, tiraje y público objetivo a los que están dirigidos los medios de comunicación.

El procedimiento se inició, como se dijo, por la demanda de Revista Punto Final, de fecha 24 de julio de 2008, la que se hace consistir en el hecho que los demandados realizan su inversión publicitaria en prensa escrita de manera preferente en las cadenas periodísticas de El Mercurio y Copesa (La Tercera). Se sostiene que esta forma parcializada e injusta en que el Estado reparte y distribuye su publicidad tiene como resultado que dichas empresas de comunicación, que representan casi los mismos intereses y visiones políticas, utilicen cuantiosos recursos fiscales que les permiten copar el mercado de diarios y revistas, haciendo de la libre competencia una absoluta ficción. Ambas compañías controlan entre un 85 y un 95 por ciento de la prensa escrita, y representan una especie de duopolio ideológico de derecha o conservador.

Para la actora los principales receptores de la inversión publicitaria estatal fueron: en un 48% los diarios de la empresa El Mercurio, en un 29% los del grupo Copesa, esto es, el 77% del total de la inversión publicitaria. A la prensa independiente, en cambio, le correspondió el 15% de dicha inversión.

Precisa luego que los ministerios demandados contrataron un 70% de su publicidad con la cadena El Mercurio.

Añade que no existe claridad sobre la forma en que se distribuyen los recursos de inversión publicitarios de los servicios públicos. Si bien la revista Punto Final y otros medios independientes se encuentran inscritos en el sistema "Chile-Compra", la publicidad estatal se canaliza a los grandes medios por vías que no se condicen con la igualdad de oportunidades y la libre competencia. Estas vías, dice, son tarifas y descuentos especiales y tratos y convenios directos con las empresas favorecidas, vulnerando la Ley 19.886 o Ley de Compras Públicas sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

A continuación, explica que estas infracciones a la libre competencia -ya sea a través de la discriminación o bien por la concentración empresarial- afectan también la libertad de expresión, opinión e información consagradas en la Ley de Prensa. En efecto, expone que el artículo 37 de la Ley 19.733 prescribía que para -efectos de lo dispuesto en el DL 211, se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre

competencia, los que entran en la producción de informaciones, el transporte, la distribución, circulación, el avisaje y la comercialización de los medios de comunicación-. Este precepto, enfatiza, permite establecer la relación directa que existe entre la libre competencia y la libertad de expresión, especialmente cuando el avisaje por parte de los órganos del Estado se canaliza sólo a través de dos grandes consorcios periodísticos, marginando a los demás medios de comunicación que, como la revista Punto Final, no recibe ningún avisaje de parte de reparticiones públicas, siendo los ingresos provenientes por este concepto, a su juicio, indispensables y necesarios para la mantención de un medio de comunicación social.

A fojas 50, el Consejo de Defensa del Estado contestó la demanda en representación de los tres ministerios demandados. En primer término, precisa que el avisaje publicitario que deben contratar dichos organismos debe efectuarse bajo el marco regulatorio de la Ley 19.886 (2003) (Ley de Compras Públicas) y su D.S. N°250, ambos del Ministerio de Hacienda. Los mecanismos que ese marco jurídico les permite son: los convenios marcos; la licitación pública; la licitación privada y los tratos o contratación directa. Estas dos últimas formas de contratación, dado su carácter excepcional, requieren una resolución previa fundada que las disponga y siempre que se cumplan las condiciones que las hacen procedentes.

Manifiesta que la Dirección de Compras y Contratación Pública, servicio público descentralizado creado por la Ley 19.886 para administrar el sistema de contratación pública, debe, de oficio o a petición de uno o más organismos públicos, licitar bienes y servicios a través de la suscripción de convenios marco, regulados en el reglamento de la Ley de Compras. Así, respecto de los bienes y servicios objetos de dicho convenio marco, los organismos públicos están obligados a comprar bajo ese convenio, relacionándose directamente con los contratistas adjudicados por la Dirección, salvo que, por su propia cuenta obtengan directamente condiciones más ventajosas. En este último caso, deberán mantener los respectivos antecedentes para su revisión y control posterior por parte de la correspondiente entidad fiscalizadora.

Se destaca que en los procesos de contratación, la Ley y su reglamentación consideran siempre la posibilidad de la entidad licitante de recurrir a

contratación directa, en la medida que ésta ofrezca condiciones más ventajosas que el convenio marco.

Si no se usan los convenios marco, agrega, las demandadas deben sujetarse a estrictos procesos de cotización y adquisición para contratar la publicidad y avisaje y recibir las ofertas por los sistemas electrónicos o digitales establecidos por la Dirección de Compras y Licitación Pública.

Expone que la demandante, no obstante encontrarse inscrita en el Registro Electrónico de Proveedores, jamás ha cuestionado ante el Tribunal de Contratación Pública -órgano jurisdiccional competente para conocer de la acción de impugnación de los procedimientos administrativos de contratación de los organismos públicos regidos por la ley- los utilizados por los ministerios demandados, cuando éstos han adjudicado a algún medio los servicios de publicidad escrita para difundir sus políticas, planes y programas.

En la especie, hace presente que la Dirección de Compras ha suscrito en los años 2005 y 2006 dos convenios marco referidos al avisaje en diarios impresos y electrónicos, para los cuales se llamó a licitación pública. En la elaboración de las respectivas bases, Chile Compra utilizó criterios públicos y transparentes de evaluación con ponderaciones también conocidas por los oferentes y proveedores al momento de postular.

En estas licitaciones, postularon varios medios, entre los que se cuentan El Mercurio y La Tercera, los que finalmente fueron adjudicatarios juntos a otros medios.

Seguidamente manifiesta que Mideplan informó a la Cámara de Diputados -a raíz de una investigación que desarrolló dicho órgano legislativo sobre la materia que nos ocupa- que no adjudicó ningún contrato de avisaje a El Mercurio o a Copesa durante el año 2005. En el 2006, uno de veintiocho proyectos fue adjudicado a Copesa. En el 2007, dos a El Mercurio y uno a La Tercera de un total de veintiséis. En el año 2008, de once proyectos de avisaje adjudicados, uno fue publicado por el diario La Cuarta.

Luego, en el caso del Ministerio de Justicia, se recabó que la mayoría del avisaje se contrata con La Nación, pues de él depende el Diario Oficial en el

que por ley deben publicarse las normas jurídicas oficiales. Durante el 2008, mediante convenio marco, sólo se hizo una publicación en El Mercurio.

Finalmente, se enfatiza que la contratación de avisaje tiene lugar dentro de un estricto marco legal y reglamentario, regido preferentemente por normas de Derecho Público.

Arguye que la demandante pretende sostener que por el mero hecho de que los ministerios indicados no invierten recursos de avisaje publicitario en su revista, sino que la canalizan a través de los mecanismos jurídicos contemplados en la aludida Ley de Compras, estarían incurriendo en la conducta descrita en el artículo 37 citado, esto es, estarían trabando o impidiendo el desarrollo del avisaje o el desenvolvimiento de la Revista Punto Final.

La sentencia reclamada, en primer término, definió el mercado relevante para efectos de esta causa como el de la prensa escrita, sin perjuicio que las conductas denunciadas se relacionan directamente con su avisaje y, específicamente, con la inversión en publicidad realizada por el Estado en dichos medios de comunicación.

En seguida, consignó que el Estado en su obligación de utilizar en forma lo más eficiente posible los recursos fiscales, debe velar para que sus avisos sean conocidos por la mayor cantidad de lectores del público objetivo al que se quiere llegar, al mínimo costo posible. Añade que precisamente con ese fin -y para minimizar los riesgos de ocurrencia de discriminaciones arbitrarias y de mal uso de recursos fiscales- es que se han establecido estrictos procedimientos para la contratación pública. Recalca, por una parte, que en autos no se ha sostenido que dichas normas hayan sido infringidas en modo alguno y, que además, es un hecho no controvertido que la demandante, estando afiliada a los Registros Electrónicos de Proveedores del Estado, no habría ocurrido al Tribunal de Contratación Pública, establecido en la Ley de Compras Públicas, cuando los demandados han adjudicado a otros medios la publicidad y el avisaje.

Luego, el fallo deja asentado que sin perjuicio de lo anterior, la circunstancia que los actos y contratos a que se refiere esta causa, esto es, la contratación

por parte de los ministerios demandados de avisaje estatal, se realicen con sujeción plena a los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos, ello no implica que no puedan verse afectados otros bienes jurídicos como aquellos que han de ser tutelados en esta sede, cuando el Estado actúa como oferente o demandante de bienes y servicios en los mercados, actividad económica del Estado que también debe sujetarse a lo preceptuado en la legislación de defensa de la libre competencia.

Acorde a lo expuesto, la sentencia precisó que lo que corresponde a dicho Tribunal es analizar entonces si en la especie se encuentra acreditado en el proceso que las demandadas al invertir en publicidad en prensa escrita, han discriminado arbitrariamente en contra de Punto Final o han realizado cualquier otro acto que constituya una infracción a la libre competencia de aquellas descritas en el artículo 3° del DL 211, pues el artículo 37 de la Ley de Prensa, vigente al momento de interponer la demanda de autos, está hoy derogado.

Acerca del ámbito temporal de su competencia, indica que habiéndose interpuesto la demanda el día 24 de julio de 2008, el Tribunal deberá limitarse a juzgar las conductas de las demandadas en el término comprendido entre los días 24 de julio de 2006 y 24 de julio de 2008, conforme al artículo 20 que establece un plazo de prescripción de dos años para las acciones que contempla el DL N° 211.

Los sentenciadores dan por establecido, en primer término, que conforme a los antecedentes probatorios que constan en autos, puede concluirse que entre los días 24 de julio de 2006 y 24 de julio de 2008, las demandadas ajustaron sus procedimientos de contratación de avisaje al marco regulatorio establecido en la Ley 19.886 y su Reglamento.

También se tuvo por acreditado que la Revista Punto Final no concursó en los procesos licitatorios de avisaje realizados por la Dirección de Compras y Contratación Pública en el período señalado y tampoco en el año 2005, esto es, las licitaciones de los dos convenios marcos antes mencionados, por lo que, estiman los jueces del tribunal antimonopólico, mal podría la demandante reclamar por no haber sido adjudicada en las mismas.

A continuación, el fallo alude a las participaciones de los oferentes en el

mercado de la prensa escrita, consignándose que en términos de circulación de periódicos, a diciembre de 2006, fue de un 53% para los periódicos de Empresas El Mercurio y un 43% para los de Copesa, y que los restantes medios tienen una participación muy escasa, según señala un informe de la Fiscalía Nacional Económica agregado a estos autos. Y acudiendo a datos proporcionados por la propia demandante, se pone de manifiesto que El Mercurio y La Tercera tendrían un tiraje de 600.000 ejemplares y los medios escritos que denomina “independientes” como Punto Final, The Clinic, El Periodista, El Siglo, Le Monde Diplomatique, uno de alrededor de 5.580 ejemplares. Si bien la actora afirmó en su requerimiento que lo anterior no derivaría de la eficiencia empresarial de los grandes medios mencionados, sino del fortalecimiento de los mismos derivados de la publicidad, el avisaje y el crédito oficial o público, la sentencia cuestionó dicho planteamiento, sosteniendo que, además de no haberse acreditado, tal argumentación no aparece probable, pues según el citado informe de la Fiscalía Nacional Económica, -las cifras de avisaje estatal son un porcentaje ínfimo de los ingresos por publicidad de los dos principales consorcios periodísticos.

A mayor abundamiento, el fallo enfatiza que en la propia demanda se dijo que un 48% de la inversión estatal en el período señalado habría sido realizada en los diarios de la empresa El Mercurio, un 29% en los diarios del grupo Copesa y un 15% en otros medios de prensa independiente.

En consecuencia, arguye la sentencia recurrida, según esos antecedentes, el avisaje estatal en los medios de prensa más pequeños habría sido incluso superior a sus participaciones de mercado; y, a su vez, el avisaje en los diarios El Mercurio y Copesa inferior a las mismas.

Finalmente, la sentencia decide la cuestión en los siguientes términos:

- Que, en conclusión, no existe en el expediente del proceso antecedente probatorio alguno que permita acreditar que las demandadas hayan discriminado arbitrariamente en contra de la demandante en la contratación de avisaje estatal, ni antecedentes económicos que permitan concluir que las demandadas debieron contratar una mayor cantidad de avisaje en la revista Punto Final;

- Que queda de manifiesto entonces que no está acreditado en autos la existencia de infracciones al DL 211 atribuibles a los ministerios demandados que hayan podido afectar a la actora en lo que dice relación con su posibilidad de competir en el mercado relevante en el período analizado, por lo que la demanda debe ser desestimada;

Luego, el fallo formula ciertas consideraciones respecto de las características del mercado de los medios de comunicación escritos y la necesaria coherencia que debe guardar la forma en que se asigna avisaje estatal.

En ese sentido, a juicio del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la adjudicación del avisaje estatal en los medios de comunicación escritos debiera considerar -tal como obviamente lo hacen las empresas o particulares que contratan avisaje- además de los costos que debe asumir el Estado, la circunstancia que el medio seleccionado para enviar el mensaje sea el idóneo para alcanzar a la mayor cantidad de destinatarios entre aquellos a los que va dirigido;

Manifiesta que de los antecedentes allegados a los autos, aparece que de las alternativas que la Ley 19.886 entrega para efecto de adjudicar la adquisición de bienes y servicios por parte de los ministerios denunciados, éstos utilizan prácticamente en forma exclusiva los sistemas de “convenio marco” y “contratación directa”, procedimiento este último, que la ley antes referida contempla como excepcional. Así, el Ministerio de Justicia informó que contrató su avisaje mediante convenio marco en un 85% de ellos y mediante contratación directa en un 15%. Por su parte, Mideplan que utilizó en un 65% de las ocasiones el mecanismo de convenio marco y en un 35% el de contratación directa. A su vez, el Ministerio de Hacienda indicó que la determinación de los criterios utilizados para la elección de los adjudicatarios se encuentra entregado a la Dirección de Compras Públicas, ente que selecciona mediante licitación pública, los prestadores para todos los organismos afectos al sistema electrónico de adquisiciones, limitándose a encargar sus adquisiciones a los proveedores validados por dicha repartición.

Ello implica que las Secretarías de Estado en cuestión deciden principalmente los medios a contratar de entre aquéllos que se han adjudicado la suscripción de un convenio general de suministro de un bien o servicio al Estado por un

período relativamente prolongado en una licitación, convocada por la Dirección de Compras (convenio marco), o derechamente, contratando al proveedor que les ofrezca mejores condiciones económicas que las contenidas en el convenio marco vigente (contratación directa).

De esta manera, la práctica de utilizar estos mecanismos de adjudicación, entrega a los funcionarios encargados de elegir, en cada caso específico, al proveedor para contratar un aviso determinado, un amplio margen de discrecionalidad que podría implicar riesgos para la competencia en el mercado respectivo. En la utilización de ese margen de discrecionalidad, los funcionarios debiesen siempre y en todo caso ajustarse a las normas de orden público sobre defensa de la competencia.

Expresa que desde el punto de vista de la competencia en este mercado, es deseable que los órganos del Estado que avisan en los medios escritos de comunicación recaben al menos la información mínima indispensable para poder decidir qué medio es el más idóneo para transmitir un determinado mensaje (información relativa a tiraje, lectoría y público objetivo al que llega el medio).

Por esta razón y para efectos de asegurar la libre competencia en la industria de los medios de comunicación escritos, el Tribunal sugiere que la inversión de publicidad estatal deba efectuarse bajo criterios transparentes y no discriminatorios lo que se facilitaría si se realiza mediante procesos de adjudicación en los que se recabe la información necesaria para tomar decisiones técnicamente fundadas, transparentes y objetivas por parte de la autoridad.

Como se dijo previamente, dicha sentencia fue objeto del recurso de reclamación por parte de la demandante.

Mediante este arbitrio de impugnación, hace presente que la sentencia reclamada se limita única y exclusivamente a analizar las eventuales infracciones al DL N° 211, prescindiendo de analizar las infracciones a la Ley N°19.733, bajo la argumentación que la referencia al artículo 37 de esta última ley sobre libertad de opinión e información -vigente al momento de interponer la demanda de autos, está hoy derogada-. De esta forma, estima, el fallo elude

pronunciarse sobre la violación de esta norma legal, omisión que constituye un verdadero acto de denegación de justicia y una renuncia expresa al ejercicio de la función jurisdiccional.

Recalca que la relación entre la libre competencia y la libertad de opinión, la relación entre el DL 211 y la Ley 19.733, es de la esencia de esta demanda, de modo que el rechazo de la misma omitiendo toda referencia a esta relación constituye una infracción de ley que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Por último, sostiene que la sentencia es contradictoria. Explica que sus considerandos finales concluyen que la práctica de contratación del avisaje publicitario por parte de los Ministerios de Hacienda, Justicia y Mideplán es contraria a la normativa sobre la libre competencia, no obstante lo cual la parte resolutive del fallo rechaza la demanda de la revista Punto Final.

CONSIDERANDO:

Primero: Que en relación con lo así resuelto ha de pronunciarse esta Corte Suprema sobre la base del recurso de reclamación interpuesto.

Cabe precisar que no se ha denunciado por la actora que los ministerios demandados hayan infringido los procedimientos establecidos por la Ley N° 19.886 para la contratación pública. Esto es, no está en discusión que las Secretarías de Estado respecto de las cuales se dirige esta reclamación han contratado en la prensa escrita el avisaje que requieren para difundir sus planes y programas, con sujeción plena al marco legal y reglamentario que rige esta materia;

Segundo: Que asentada dicha premisa, las imputaciones formuladas por la revista Punto Final en contra de los demandados en cuanto a que éstos la discriminan arbitrariamente al invertir en publicidad quedan sin sustento, puesto que tales reparticiones públicas no han incurrido en la infracción de disposición alguna que las hubiere obligado a adjudicar sus servicios de publicidad de una forma distinta a la realizada;

Tercero: Que ampliando lo dicho, la adjudicación de la mayor parte del avisaje

estatal en los medios de prensa escrita bajo la modalidad de “convenio marco”, no constituye una barrera de entrada al mercado, puesto que -como se consignara en la parte expositiva de esta sentencia- siempre se permite el ingreso de nuevos competidores que ofrezcan mejores condiciones a las brindadas por los proveedores incorporados en el convenio marco;

Cuarto: Que acoger la pretensión de la reclamante en orden a compeler a organismos públicos a destinar una parte importante de sus gastos en avisaje a favor de ciertos y determinados medios de comunicación escritos, entre éstos, la Revista Punto Final “prensa independiente” según la denomina la demandante- pugna con aquellas mismas sugerencias o consideraciones vertidas en el fallo y sobre las que hace sustentar su reclamación, esto es, que la adjudicación del avisaje estatal en la prensa escrita debe considerar, además de los costos económicos, la circunstancia que el medio elegido sea el idóneo para alcanzar a la mayor cantidad de destinatarios entre aquéllos a los que va dirigido;

Quinto: Que, en efecto, de seguir los planteamientos de los representantes de la Revista Punto Final, los organismos del Estado tendrían que optar por medios de prensa más dispendiosos y de circulación más restringida para, a través de esta vía, propender a un mayor pluralismo informativo.

Esta última decisión, como se advierte, carecería de las características de transparencia, objetividad y técnicamente fundada, a las que aspira el tribunal especializado para asegurar la libre competencia;

Sexto: Que, en esas condiciones, la distribución del avisaje estatal en un determinado medio de prensa escrita, además de haberse ejecutado dentro de procedimientos administrativos estrictamente regulados, tiende a guardar estrecha relación con la circulación de esos medios, como lo dictaminó la Fiscalía Nacional Económica ante una denuncia del director de la Revista Punto Final;

Séptimo: Que, así las cosas, esta concentración de avisaje en dos grandes cadenas periodísticas -injustificada y parcial a juicio de la Revista Punto Final- sólo deriva de asignar el avisaje estatal sobre la base de criterios de mercado,

como son el índice de lectoría de cada medio escrito y los destinatarios a los que va dirigido el mensaje que se persigue comunicar;

Octavo: Que acceder a las peticiones de este recurso conllevaría instalar a favor de algunos medios de prensa una discriminación positiva, la que corresponde ser declarada por una ley y la carencia de esa norma, no puede ser suplida mediante la utilización sesgada del avisaje estatal en pos de apoyar -aun reconociendo la legitimidad de esta pretensión- una mayor diversidad informativa;

Noveno: Que sin perjuicio que no se advierte que la decisión del fallo reclamado de desestimar el requerimiento de la Revista Punto Final se contradiga con los considerandos finales del mismo, en lo que dice relación con las recomendaciones que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia formula en la consideración trigésimo novena de su fallo, si la pretensión de ese tribunal era exhortar al mercado o a poderes públicos en materia de procesos de licitación o adjudicación, bien pudo recurrir en la forma que corresponda a la facultad que expresamente le confiere el numeral 4° del artículo 18 del Decreto Ley N° 211, en orden a proponer tanto -la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentos que estime contrarios a la libre competencia como también la dictación de preceptos legales y reglamentos cuando sea necesario para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas-;

Décimo: Que atento lo razonado en las consideraciones anteriores es que se procederá a rechazar la reclamación interpuesta.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 18 N° 1, 20 y 27 del D.F.L. N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, se declara:

Que **se rechaza** el recurso de reclamación deducido en la presentación de fojas 866 por la demandante, Sociedad Editora, Impresora y Distribuidora de Publicaciones y Videos Punto Final S.A. en contra de la sentencia de doce de noviembre de dos mil nueve, escrita a fojas 845.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Pierry.

Rol N° 9148-2009. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y el Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Ministro Sr. Brito, por estar con feriado legal. Santiago, 26 de abril de 2010.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a veintiséis de abril de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.