

RECURSO DE RECLAMACIÓN.-

HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA.

ALBERTO ESPINOZA PINO, por la parte demandante, en los autos rol 171-2008, caratulados "Revista Punto Final con Ministerio de Hacienda y otros", a S.S. digo:

En conformidad con lo dispuesto por el artículo 27 del Decreto Ley 211, recurso de reclamación en contra de la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2009, que en su parte resolutive rechazó la demanda interpuesta por mi representada, a fin que la Excelentísima Corte Suprema, conozca y falle este recurso, revocando lo resuelto por S.S. y en definitiva acoja la demanda de la Sociedad demandante, por las razones que expongo a continuación, con costas.

La sociedad Editora, impresora y distribuidora de Videos y Publicaciones Punto Final S.A. demandó a los Ministerios de Hacienda, Justicia y Planificación, denunciando diversas infracciones a la libre competencia, fundado en la concentración del avisaje publicitario en las cadenas periodísticas de El Mercurio y La Tercera, contribuyendo de esta forma a la conformación de un duopolio, cuyo impacto no solo tiene un alcance en las leyes reguladoras de un mercado libre, sino que también dañan gravemente la libertad de expresión y con ello las bases mismas del sistema democrático. En este sentido la violación de las normas sobre la libre competencia se hace extensiva a las normas que regulan la libertad de

opinión e información en conformidad con lo dispuesto por el artículo 37° de la ley N° 19.733, que establece para los efectos de lo dispuesto por el Decreto Ley N° 211, que se consideraran entre otros como “hecho, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, las que entraben la producción de información, el transporte, la distribución, circulación, el avisaje y la comercialización de los medios de comunicación”. La interpretación armónica de las normas establecidas en el decreto ley N° 211 y las disposiciones de de la ley N° 19.733 permiten configurar una relación directa entre la libre competencia y la libertad de expresión, especialmente cuando el avisaje por parte de los órganos del Estado, en este caso ministerio de hacienda, de justicia y de planificación, es canalizado a través de los dos grandes consorcios periodísticos ya indicados, El Mercurio y Copesa.

Asimismo, en la demanda se denunció que la concentración del avisaje publicitario en estas dos grandes cadenas periodísticas, constituyen conductas infraccionales a las normas constitucionales consagradas en el artículo 19° de la norma fundamental, N° 12° que garantiza la libertad de opinión y de información; N° 21° la libertad para desarrollar cualquier actividad económica; y N° 22° el derecho a la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, derechos y garantías que también se encuentran reconocidos en diversos tratados y fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, tales como: el artículo 19° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos humanos y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, todos tratados ratificados por Chile y que por tratarse de tratados internacionales sobre derechos humanos constituyen un límite al ejercicio de la soberanía, como lo dispone el artículo 5° de la Constitución Política.

Aplicación y vigencia de la ley N° 19.733

La sentencia reclamada, se limita única y exclusivamente a analizar las eventuales infracciones al Decreto Ley N° 211 prescindiendo de analizar las infracciones a la ley N° 19.733, bajo la argumentación que la referencia al artículo 37° de la ley N° 19.733 sobre libertad de opinión y de información, “vigente al momento de interponer la demanda de autos, está hoy derogada”. (Considerando Vigésimo) En el considerando Séptimo de la sentencia reclamada señala “cabe hacer presente que el artículo en cuestión (art. 37° de la ley N° 19.733) fue derogado con la dictación de la ley N° 20.361 publicada en el Diario Oficial el 13 de julio de 2009 y que entró en vigencia el día 12 de octubre del año en curso”. De esta forma 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.

Sobre el particular debe tenerse presente que la demanda de la revista Punto Final se presentó el día 9 de mayo de 2008, que la vista de la causa se realizó el 2 de septiembre de 2009 y que en esa oportunidad la causa quedó en estado de acuerdo, es decir todo el procedimiento desde su inicio hasta su término, se realizó bajo la vigencia del artículo 37° de la ley N° 19.733. Si bien es cierto la sentencia definitiva es de fecha 12 de noviembre de 2009, no es menos cierto que dicha sentencia se pronunció fuera del plazo establecido por la ley que es de 45 días contados desde que el proceso quede en estado de fallo, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 26° del decreto ley N° 211.

En este mismo sentido debe tenerse presente que al momento de enunciar las leyes que sirven de fundamento para dictar la sentencia se

omite toda referencia a la ley N° 19.733 así como también a las normas sobre el derecho internacional de los Derechos Humanos invocadas en la demanda, remitiéndose exclusivamente a las disposiciones del decreto ley N° 211.

La relación entre la libre competencia y la libertad de opinión, la relación entre el decreto Ley N° 211 y la ley N° 19.733, es de la esencia en 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, se ha infringido abiertamente lo dispuesto por el artículo 37° de la ley 19.733, disposición que alude expresamente al aviso en los medios de comunicación.

La relevancia de esta relación, está reconocida en normas del derecho internacional y de manera específica, en la declaración de Principios sobre la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que regula la incidencia de los monopolios u oligopolios en la propiedad sobre los medios de comunicación en los principios 12 y 13 en los siguientes términos: **Principio 12.** Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.

Principio 13. La utilización del poder del Estado y los recursos de la

hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.

Contradicciones e incongruencias en la sentencia

Por otra parte, la sentencia es contradictoria y carece de la debida congruencia entre su parte considerativa y su parte resolutive. En efecto, de la lectura del considerando trigésimo sexto, trigésimo séptimo, trigésimo octavo y trigésimo noveno, se concluye que la practica de contratación del avisaje publicitario por parte de los ministerios de hacienda, justicia y planificación, es contraria a la normativa sobre la libre competencia. En el considerando trigésimo sexto se afirma: " Que la practica de utilizar estos mecanismo de adjudicación entrega a los funcionarios encargados de seleccionar, en cada caso especifico, al proveedor para contratar un avisaje determinado, un amplio margen de discrecionalidad que podría implicar riesgos para la competencia en el mercado respectivo"; en el considerando trigésimo octavo se afirma: "Que, en síntesis 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 mas idóneo para transmitir un determinado mensaje"; En el considerando

trigésimo noveno se afirma: " Que por esta razón, y para efectos de asegurar la libre competencia en la industria de los medios de comunicación escritos, este Tribunal estima que la inversión de publicidad estatal debe efectuarse bajo criterios transparentes, objetivos, 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".

La interpretación armónica de estos considerandos nos debe llevar a las siguientes conclusiones:

1.- Que los mecanismos de adjudicación entregan a los funcionarios encargados de seleccionar en cada caso el avisaje un amplio margen de discrecionalidad.

2.- Que la Dirección e compras Públicas o en su caso los propios ministerios o servicios públicos no utilizan toda aquella información razonablemente disponible relativa al tiraje, lectoría y público objetivo al que llegan.

3.- Que si el estado recurriera a empresas especializadas en este mercado, podría obtener la información necesaria para minimizar una eventual asimetría que impidiera a las empresas periodísticas participar en una licitación.

4.- Que los órganos del estado que avisan en los medios escritos, al momento de decidir qué medio es el mas idóneo no lo hacen con la información mínima indispensable.

5.- Que la libre competencia en la industria de los medios de comunicación se efectúa bajo criterios no transparentes, subjetivos, y discriminatorios.

6.- Que los procesos de adjudicación no cuentan con la información necesaria para tomar decisiones técnicamente fundadas, transparentes y objetivas por parte de la autoridad.

No obstante la claridad de estas conclusiones, que se desprenden de la literalidad de los considerados ya señalados, la parte resolutive del fallo es perentoria en orden a rechazar la demanda de la revista Punto Final.

La prueba rendida en autos es coherente con lo señalado. En efecto, el informe de la Comisión especial de la Cámara de diputados para investigar el avisaje estatal señala: “el convenio marco es un mecanismo de contratación adecuado para la adquisición de bienes equivalente unos de otros como los lápices o las gomas de borrar pero tratándose de de servicios tan complejos como la publicidad y promoción de políticas públicas el convenio marco por su simplicidad propicia la discrecionalidad y eventuales arbitrariedades. Ello produce un deterioro en la transparencia y probidad que debe guiar el ejercicio de la función pública, puede atentar contra el pluralismo de los medios de comunicación social y eventualmente genera en forma indirecta la concentración en su propiedad.”

El libro de Walter Krone, acompañado en autos, que también declaró como testigo en el juicio, es claro al sostener la existencia del monopolio comunicacional radicado en las empresas El Mercurio y Copesa y su directa relación con la libertad de opinión y la incidencia en lo que el llama un monopolio ideológico, señala Krone en su libro “las Dos Caras de

la Libertad de Expresión en Chile (Edición Universidad Academia de Humanismo Cristiano año 2005) "Los chilenos reciben hoy una sola visión de lo que sucede en el país y en el mundo, que es la que ofrece el monopolio ideológico de derecha integrado por los Grupos Edwards y Copesa, que sólo en la Región Metropolitana domina el 87,89 de la circulación bruta de la prensa escrita diaria (la Concertación: 1,51 por ciento) y el 92,6 por ciento de los lectores de diarios (la Concertación figura con 0,87 por ciento). A estos grupos se agregan otros medios de derecha, como el Diario Financiero, Estrategia, Canal 13, Megavisión, Radio Agricultura, El Sur de Concepción y otros regionales. Este monopolio ideológico, formado por los grupos antes indicados, controla entre el 85 y el 95 por ciento de la circulación de los diarios del país -87,89 en la Región Metropolitana.

El mismo autor, para reafirmar su juicio, cita al analista Genaro Arriagada, quien sostiene sobre este punto que se trata de dos grupos (El Mercurio y Copesa) que: "comparten una misma visión en variados aspectos: concuerdan con una valoración positiva de la dictadura, tienen un compromiso con la política de derecha, son adversarios a la concertación, adhieren a una concepción neoliberal de la economía y a una cultura conservadora".

Finalmente los testigos Faride Zeran, Juan pablo Cárdenas, Abraham Santibáñez, Marco Enriquez Omñami y Walter Krone, todos legalmente examinados y contestes, fueron explícitos al señalar que existe una concentración del avisaje publicitario por parte de los órganos del Estado en las cadenas El Mercurio y Copesa y además la clara y directa incidencia que esto tiene y ha tenido, en la libertad de opinión que se ve reflejado en lo que ellos denominan monopolio ideológico y la influencia que ello tiene

para la democracia del país. Soslayar la relación entre el decreto ley N° 211 y la ley N° 17.933 bajo el entendido que perdió vigencia por la derogación a contar del 12 de octubre de 2009 constituye una infracción de ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que de haber entendido que el artículo 37° de la ley N° 19.733 era aplicable para la resolución del conflicto porque estaba vigente, la demanda de la revista Punto final habría sido acogida.

POR TANTO,

RUEGO A S.S.: tener por deducido recurso de reclamación en contra de la sentencia del 12 de noviembre último, acogerlo a tramitación para el conocimiento y fallo de la Excm. Corte Suprema, a fin que revoque lo resuelto y en definitiva acoja la demanda, con costas.

