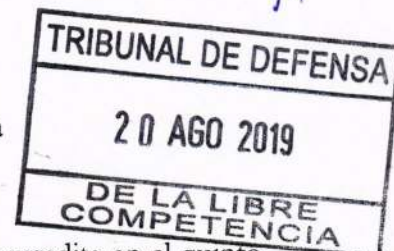


En lo principal, interpone asunto no contencioso que indica; en el primer otrosí, da cumplimiento a lo dispuesto por el Auto Acordado N°7/2006 de este H. Tribunal; en el segundo otrosí, acompaña documentos; en el tercer otrosí, acompaña documentos y solicita su confidencialidad; en el cuarto otrosí, solicita lo que indica; en el quinto otrosí, acredita personería, acompañando documento; en el sexto otrosí, indica direcciones de correos electrónicos; y, en el séptimo otrosí, confiere patrocinio y poder.

#### H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia



Miguel Claudio Oyonarte Weldt, abogado, en representación según se acredita en el quinto otrosí, de VTR Comunicaciones SpA (“VTR” o la “Compañía”), empresa del giro de su denominación, ambos domiciliados en Avenida Apoquindo N°4.800, piso 14, comuna de Las Condes, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. Tribunal”) respetuosamente digo:

Que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 N°2 y 31 del texto refundido del Decreto Ley N°211 sobre Defensa de la Libre Competencia (“DL 211”), y atendidos los antecedentes de hecho, de derecho y económicos que, a modo de resumen, se exponen a continuación y se desarrollan luego en el cuerpo de esta presentación (secciones I a VI), solicito tener por iniciado el presente asunto no contencioso en representación de VTR -por sí y en su calidad de sucesora legal de la sociedad absorbida Metrópolis Intercom S.A. (“MI”), según se acredita en el segundo otrosí de esta presentación- y, en definitiva, alzar íntegramente las medidas de mitigación (“Condiciones”) impuestas hace ya quince años por la Resolución N°1/2004 de este H. Tribunal (“Resolución N°1”), dictada con fecha 25 de octubre de 2004 en el marco del asunto no contencioso Rol NC N°2-2004, caratulado *Consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda., y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre la eventual fusión de Metrópolis Intercom S.A. y VTR S.A.* (“Fusión”)<sup>1-2</sup>.

En su decisión de 2004, el H. Tribunal reconoció que la Fusión generaría un actor -VTR- con una *posición de dominio transitoria* en el mercado relevante de la televisión pagada. Sin perjuicio de ello, aprobó la Fusión al considerar que su impacto general en la industria de las telecomunicaciones sería positivo, puesto que generaría importantes eficiencias que

<sup>1</sup> Texto completo disponible en: [https://www.tdlc.cl/nuevo\\_tdlc/wp-content/uploads/resoluciones/Resolucion\\_1\\_2004.pdf](https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/resoluciones/Resolucion_1_2004.pdf) [última visita: 13 de agosto de 2019]. El expediente del proceso Rol NC N°2-2004 de este H. Tribunal se solicita traer a la vista en el cuarto otrosí de este escrito.

<sup>2</sup> La Fusión se materializó el 13 de abril de 2005, mediante la suscripción de un *Purchase and Contribution Agreement* entre VTR GlobalCom S.A. (matriz de la -entonces- VTR Banda Ancha S.A., sociedad a través de la cual, en ese momento, VTR prestaba servicios de televisión pagada y banda ancha a sus clientes), por un lado, y los anteriores dueños de MI, Liberty Comunicaciones de Chile Uno Limitada y Cristalerías de Chile S.A., por el otro. Así consta a fojas 977 y siguientes del expediente Rol NC N°2-2004 del H. Tribunal, caratulado “Consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda., y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre la eventual fusión de Metrópolis Intercom S.A. y VTR S.A.”, que se solicita traer a la vista en el cuarto otrosí de esta presentación. Por su parte, en el segundo otrosí se acompañan copias de las escrituras públicas que acreditan que la actual VTR es la sucesora legal de MI y, por ende, el producto de la Fusión.



6

promoverían su expansión y desarrollo, especialmente en los mercados conexos de telefonía fija e internet de banda ancha, todo lo cual, a la luz de los hechos, probó ser efectivo.

Con todo, para prevenir eventuales efectos anticompetitivos asociados a la *posición de dominio transitoria* que adquiriría VTR en el mercado de la televisión pagada, el H. Tribunal impuso ocho medidas de mitigación -las Condiciones-. Éstas, tanto de tipo conductual como estructural, fueron muy diversas, y se detallarán oportunamente a lo largo de esta presentación. Sin embargo, cabe adelantar que, técnicamente, el conjunto de las Condiciones constituye lo que la literatura económica denomina *regulación asimétrica*, esto es, medidas aplicables a sólo uno de los actores del mercado -en el presente caso, a VTR-. Como se explicará, tales regulaciones, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, deben ser necesariamente excepcionales y transitorias, estando determinada tal excepcionalidad y transitoriedad por la necesidad de evitar, o de mitigar, riesgos concretos también asimétricos. En este caso, tal fin era muy claro: precaver los eventuales efectos anticompetitivos a los que podría dar lugar la *posición de dominio transitoria* de VTR una vez perfeccionada la Fusión, en el mercado relevante de la televisión pagada.

El objeto de la *regulación asimétrica* asociado al cumplimiento de este particular fin de mitigación de riesgos concretos se ha denominado *legitimidad funcional* de las medidas en cuestión. Pues bien, en el cuerpo del escrito se ofrecerán argumentos y antecedentes que conducen a la inevitable conclusión de que las Condiciones impuestas por la Resolución N°1 han perdido enteramente su *legitimidad funcional*.

Lo anterior, debido a que la *posición dominante transitoria* de VTR en el mercado relevante de la televisión pagada, a quince años de haber sido constatada, ya no existe y, junto con ella, desaparecieron, como es lógico, todos los riesgos de libre competencia que pudieran haberse adjudicado a tal posición o relacionado con ella.

Según se mostrará, en el mercado de la televisión pagada hoy existe efectiva competencia, por lo que no se justifica en absoluto que un solo actor sea sujeto pasivo de una regulación particular. En efecto, de contar el 2004 con casi el 90% de participación en el citado mercado relevante, a marzo de 2019 la participación de VTR cayó a sólo un 32,6%, según las cifras oficiales que publica la Subsecretaría de Telecomunicaciones (“Subtel”)<sup>3</sup>, lo que se explica por distintas razones, entre ellas, la fuerte entrada de nuevos actores y tecnologías al mercado -habiéndose sido esto último previsto por el H. Tribunal en la Resolución N°1-. En efecto, como se verá *infra*, la Resolución N°1 acertó notablemente al estimar que el dinamismo tecnológico acabaría, en el mediano plazo, con la *posición de dominio temporal* de la Compañía en el mercado en análisis.

---

<sup>3</sup> Las estadísticas oficiales de Subtel se encuentran disponibles para ser descargadas en el siguiente link: <https://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/television/> [última visita: 13 de agosto de 2019].

En esta caracterización del mercado de la televisión pagada estamos utilizando una perspectiva tradicional al incluir exclusivamente los servicios de permisionarios de servicios limitados de televisión, a fin de contar con las estadísticas oficiales entregadas por la Subsecretaría de Telecomunicaciones. Naturalmente, la participación de mercado de VTR se diluye más todavía si el mercado se describe considerando otros servicios alternativos como son los servicios de video sobre internet u *over-the-top*, los cuales han mostrado un aumento en su penetración en los últimos años, en una tendencia que sólo será creciente a futuro.



Desde una perspectiva estrictamente jurídica, por su parte, la drástica disminución de la participación de mercado de VTR y la consecuente desaparición de su *posición dominante* en el mercado de la televisión pagada constituye un *nuevo antecedente* que, al tenor del artículo 32 del DL 211, justifica plenamente la revocación de una decisión previa de la autoridad de libre competencia, como lo es la Resolución N°1.

Como se explicará, este *nuevo antecedente* cumple con todos los requisitos identificados por la jurisprudencia y doctrina para evidenciar la ausencia de *legitimidad funcional* de las Condiciones.

En síntesis, H. Tribunal, conforme a lo que se expondrá en este procedimiento, resultará totalmente claro que, desaparecida la *posición dominante transitoria* en el mercado de la televisión pagada que motivó la imposición de las Condiciones de la Resolución N°1 -de suyo excepcionales respecto de la igualdad que, en circunstancias normales, ha de reconocerse a los distintos agentes económicos por expreso mandato de los números 2 y 22 del artículo 19 de la Constitución Política-, éstas deben ser alzadas íntegramente. Lo contrario supondría arriesgar precisamente aquello que se intentó precaver hace quince años, esto es, el buen funcionamiento competitivo del mercado de televisión de pago y sus mercados conexos en la industria de las telecomunicaciones.

Para efectos de orden, hacemos presente al H. Tribunal que esta presentación se estructurará sobre la base del siguiente índice:

### Índice

|        |   |    |
|--------|---|----|
| I.     | ESTÁNDAR EXIGIBLE Y VÍA IDÓNEA PARA ALZAR CONDICIONES O MEDIDAS IMPUESTAS POR EL H. TRIBUNAL EN EL CONTEXTO DE PROCEDIMIENTOS NO CONTENCIOSOS.....  | 4  |
| I.1.   | Toda condición o medida impuesta en un proceso no contencioso se justifica únicamente si resulta funcional al objetivo de seguir precavando o mitigando un riesgo concreto y previamente identificado para la libre competencia .....   | 4  |
| I.2.   | Las condiciones o medidas son esencialmente revocables concurriendo los requisitos legales, doctrinarios y jurisprudenciales asentados, a través de los medios procesales establecidos en el DL 2116  |    |
| I.2.1. | Las resoluciones que ponen término a un procedimiento no contencioso producen, desde la óptica procesal, la <i>inimpugnabilidad</i> de lo decidido, pero carecen de <i>inmutabilidad</i> , por lo que pueden ser modificadas o dejadas sin efecto si concurren nuevos antecedentes .....  | 6  |
| I.2.2. | Los <i>nuevos antecedentes</i> deben ser idóneos y suficientes como para evidenciar la ausencia de <i>legitimidad funcional</i> de las condiciones o medidas bajo análisis .....  | 8  |
| I.2.3. | El H. Tribunal es el órgano competente para pronunciarse sobre la pertinencia de alzar las Condiciones impuestas en la Resolución N°1 .....   | 10 |
| I.2.4. | El único objeto de este procedimiento es evaluar la pertinencia de alzar las Condiciones impuestas en la Resolución N°1.....  | 12 |
| II.    | LA RESOLUCIÓN N°1: MERCADO RELEVANTE Y MERCADOS CONEXOS, JUSTIFICACIONES, OBJETIVOS Y LEGITIMIDAD FUNCIONAL DE LAS CONDICIONES .....  | 13 |
| II.1.  | Mercados analizados en la Resolución N°1 .....  | 13 |
| II.2.  | El mercado de la televisión pagada es el único mercado relevante para los efectos de este procedimiento no contencioso, pues fueron los efectos de la Fusión en dicho mercado los que justificaron la imposición de las Condiciones .....   | 15 |
| II.3.  | Finalmente, el propio H. Tribunal reconoció expresamente en la Resolución N°1 que la <i>legitimidad funcional</i> de las Condiciones tendría una vigencia <i>transitoria</i> o acotada en el tiempo, supeditada a la permanencia de las características estructurales del mercado de la televisión pagada vigentes al momento de aprobarse la Fusión..... | 20 |
| III.   | NUEVO ANTECEDENTE: VTR NO TIENE EN LA ACTUALIDAD UNA POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO RELEVANTE DE LA TELEVISIÓN PAGADA.....  | 21 |
| III.1. | Definición del mercado relevante de la televisión pagada .....  | 21 |



|  |    |
|--|----|
| III.2. La carencia de una <i>posición dominante</i> por VTR en el mercado relevante de la televisión pagada constituye un <i>nuevo antecedente</i> que se encuentra plenamente evidenciado por un cúmulo de circunstancias económicas y fácticas .....                   | 22 |
| III.2.1. Criterios para calificar de <i>dominante</i> a una compañía en un mercado determinado .....   | 24 |
| III.2.2. VTR no cumple con ninguno de los lineamientos o criterios establecidos por la doctrina y jurisprudencia para ser considerado como <i>dominante</i> en el mercado de la televisión pagada.....   | 31 |
| III.2.3 La pérdida de VTR de la <i>posición dominante</i> que alguna vez mantuvo en el mercado relevante de la televisión pagada constituye un <i>nuevo antecedente</i> que demuestra que las Condiciones carecen en la actualidad de <i>legitimidad funcional</i> ..... | 54 |
| IV. ANTECEDENTE ADICIONAL: EVOLUCIÓN DE LOS MERCADOS CONEXOS ANALIZADOS EN LA RESOLUCIÓN N°1.....  | 56 |
| IV.1. Mercado conexo o relacionado de la telefonía fija.....   | 58 |
| IV.2. Mercado conexo de internet de banda ancha.....   | 59 |
| IV.3. Relación entre el mercado relevante de la televisión pagada y sus mercados conexos de la telefonía fija e internet de banda ancha.....   | 62 |
| V. EFECTOS ANTICOMPETITIVOS DERIVADOS DE UNA EVENTUAL MANTENCIÓN DE LA <i>REGULACIÓN ASIMÉTRICA</i> ORDENADA POR LA RESOLUCIÓN N°1 .....   | 63 |
| V.1. La Resolución N°1 como instrumento de regulación asimétrica del tipo <i>dominant-firm intervention</i> : explicación teórica del daño que supone su mantención cuando desaparecen los supuestos económicos que motivaron su imposición.....                         | 64 |
| V.2. Análisis de las Condiciones y su afectación actual de la competencia en el mercado relevante de la televisión pagada y sus mercados conexos o relacionados de la telefonía fija e internet de banda ancha .....   | 66 |
| VI. CONCLUSIÓN: PERTINENCIA Y NECESIDAD DE ALZAR LAS CONDICIONES DE LA RESOLUCIÓN N°1... 74  |    |

## I.

### Estándar exigible y vía idónea para alzar condiciones o medidas impuestas por el H. Tribunal en el contexto de procedimientos no contenciosos

Antes de entrar al análisis de las razones que justifican que las Condiciones impuestas en la Resolución N°1 sean alzadas en su totalidad, nos referiremos en la presente sección brevemente, y a modo de contexto, a las circunstancias y requisitos que -conforme a la ley, la jurisprudencia y la doctrina autorizada- deben concurrir para que proceda la modificación de lo resuelto en una resolución previa pronunciada por el H. Tribunal en ejercicio de la potestad que le confiere el numeral 2 del artículo 18 del DL 211.

#### **I.1. Toda condición o medida impuesta en un proceso no contencioso se justifica únicamente si resulta funcional al objetivo de seguir precavando o mitigando un riesgo concreto y previamente identificado para la libre competencia**

Según lo resuelto por este H. Tribunal, “[l]as resoluciones en procedimientos ‘no contenciosos’, responden a un fin tutelar-preventivo que, en el caso de consultas sobre operaciones de concentración que no se han materializado, tiene como trasfondo la aplicación de un análisis prospectivo sobre las condiciones del mercado y el impacto que la operación consultada pueda tener en las mismas”<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> H. Tribunal. Sentencia N°117/2011, Considerando Vigésimo Primero.



En ese contexto, en forma previa al cambio legal de 2016<sup>5</sup>, al H. Tribunal le correspondía determinar la compatibilidad o incompatibilidad con la libre competencia de las operaciones de concentración sometidas a su conocimiento y, en ejercicio de dicha potestad no contenciosa, podía imponer condiciones a las que debían sujetarse obligatoriamente los sujetos consultantes para que la respectiva operación fuera concordante con la normativa de libre competencia<sup>6</sup>:

“Al establecer condiciones, lo que persigue el TDLC es que la operación consultada no devenga en anticompetitiva ni ilegal ante el Derecho de la Competencia. ...[A]l establecerse condiciones o remedios en operaciones de concentración se condiciona ‘la operación consultada, modificándola para hacerla compatible con la libre competencia’, así como evitar que se genere un daño a dicho bien jurídico, y por ende a los consumidores”<sup>7</sup>.

De lo anterior, se desprende inequívocamente que toda condición o medida impuesta por el H. Tribunal bajo el antiguo régimen de control de operaciones de concentración, tiene un límite innato, dado por lo que la doctrina ha denominado *legitimidad funcional*<sup>8</sup>, esto es, que toda condición se justifica únicamente en la medida en que esté dirigida eficazmente a la consecución de los fines que el H. Tribunal buscó en la respectiva resolución con su establecimiento.

Si una condición o medida, entonces, deja de ser *funcional* al objetivo que justificó su establecimiento, sea porque los riesgos que se buscaban prever desaparecieron, porque la evolución del mercado relevante en cuestión tornó la medida en obsoleta, o por cualquier otra razón, habrá motivos fundados para revisar su pertinencia desde una perspectiva sustantiva, pues extender injustificadamente su vigencia podría dar lugar a regulaciones asimétricas carentes de fundamento en perjuicio de un actor en el mercado y en contravención finalmente a la libre competencia:

“En síntesis [...], los remedios deben ser apropiados, efectivos y sujetos a ciertos principios económicos y legales del caso presentado. Así, en atención al principio de proporcionalidad, corresponde que las autoridades de competencia identifiquen la solución menos restrictiva que remueva el riesgo anticompetitivo que originaría la fusión, o bien, sustituyan medidas cuando son revisadas en un procedimiento de consulta [...]”<sup>9</sup>.

En suma, desde el punto de vista sustantivo, la vigencia de toda condición o medida está, y debe estar, asociada a un riesgo concreto que el H. Tribunal haya buscado evitar o mitigar con

<sup>5</sup> Ley N°20.945, que “Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia”, publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2016.

<sup>6</sup> Velozo A., Javier y González D., Daniela. “Reflexiones en Torno a Algunas de las Facultades Extrajudiciales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, en “La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario”, Thomson Reuters, 2011, p. 35.

<sup>7</sup> Agüero V., Francisco. Informe en derecho titulado “Incumplimiento y Modificación de Medidas de Mitigación Establecidas por el TDLC”, elaborado para la Fiscalía Nacional Económica y acompañado a los autos Rol C N°279-2014 del H. Tribunal.

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> Ibid., p. 35. Énfasis agregado. En adelante, todos los énfasis son agregados, salvo que se indique expresamente lo contrario.



su establecimiento y que, evidentemente, subsista. Por ello, una condición o medida pierde su razón de ser y, por ende, su justificación u *objeto* en el derecho de la competencia, desde el momento en que ésta deja de ser funcional al objetivo previsto por el H. Tribunal al momento de imponerla.

**I.2. Las condiciones o medidas son esencialmente revocables concurriendo los requisitos legales, doctrinarios y jurisprudenciales asentados, a través de los medios procesales establecidos en el DL 211**

Habiéndose expuesto las razones de fondo que, en abstracto, justificarían alzar las condiciones establecidas por resoluciones de este H. Tribunal, corresponde ahora analizar las vías procesales a través de las cuales debe hacerse efectivo dicho alzamiento.

I.2.1. Las resoluciones que ponen término a un procedimiento no contencioso producen, desde la óptica procesal, la inimpugnabilidad de lo decidido, pero carecen de inmutabilidad, por lo que pueden ser modificadas o dejadas sin efecto si concurren nuevos antecedentes

La calificación de las resoluciones que ponen término a un procedimiento no contencioso -en función de sus efectos- ha sido objeto de discusión doctrinaria y jurisprudencial. Específicamente, se ha debatido si las mismas deben ser analizadas a la luz de los criterios procesales tradicionales, es decir, si producen *cosa juzgada material*, *cosa juzgada formal* o *cosa juzgada provisional*.

Así, por ejemplo, este H. Tribunal ha sostenido que sí producen cosa juzgada, pero que esta sería de carácter puramente formal:

“[...] las decisiones de este Tribunal y la de los organismos de los que es sucesor legal producen el efecto de cosa juzgada, el que es eficaz tan sólo en lo que dice relación con el proceso concreto en que se ha producido o con relación al estado de cosas (persona, objeto, causa) tenido en consideración al decidir. No obstante ello, sobre la base de nuevos antecedentes la cuestión puede renovarse mediante un nuevo proceso de carácter contencioso o no contencioso ante este Tribunal. Esto es lo que se conoce en doctrina como cosa juzgada formal que tiene como característica la de la inimpugnabilidad, pero carece de inmutabilidad”<sup>10</sup>.

Otros autores, en cambio, han acudido a conceptos *ad hoc* tales como el de *cosa juzgada antimonopólica*<sup>11</sup>, con el propósito de describir los particulares efectos de dichas resoluciones en sede de libre competencia:

<sup>10</sup> H. Tribunal. Resolución N°8/2005, Considerando Tercero.

<sup>11</sup> Valdés P., Domingo. “Informe en Derecho Acerca de la Cosa Juzgada en el Orden Antimonopólico”, en “Reflexiones Sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 - 2017)”, 2017, p. 621 y ss.



MM

“En este sentido, el artículo 32 del DL 211 resulta más exigente que la *cosa juzgada formal* toda vez que reclama nuevos antecedentes para que el asunto pueda ser nuevamente resuelto en un procedimiento posterior. Asimismo, el artículo 32 del DL 211 es también más estricto que la *cosa juzgada sustantiva provisional*, toda vez que aquel expresamente reclama la concurrencia de nuevos antecedentes y no se basta con lo que una sentencia o resolución antimonopólica pueda disponer específicamente acerca de la mutación de ciertas circunstancias que fundan la respectiva decisión, supuesto que el artículo 32 autorizare la cosa juzgada material provisional. Estos nuevos antecedentes podrían consistir en cambios de circunstancias, pero deberían ser de una entidad tal que permita dar cumplimiento a todas y cada una de las notas exigidas para configurar nuevos antecedentes”<sup>12</sup>.

En lo que no existe duda, sin embargo -y esto es lo esencial-, es en que las resoluciones del H. Tribunal -y, desde la reforma de 2016, de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”)- que fijan condiciones a ser cumplidas por las partes de una operación de concentración, no son inmutables, sino que pueden ser revisadas o cambiadas en un nuevo procedimiento sustanciado al efecto, sobre la base de *nuevos antecedentes* que resulten pertinentes y adecuados para servir de fundamento a una nueva decisión sobre el caso de que se trate, distinta de la decisión original.

La fuente de esta mutabilidad potencial de toda decisión del H. Tribunal, ya sea sentencia o resolución, se encuentra en el inciso primero del artículo 32 del DL 211, norma que dispone:

“Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, o de acuerdo con las resoluciones de la Fiscalía Nacional Económica para el caso de las operaciones de concentración, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación”.

Así, teniendo en consideración esta norma y sus principios subyacentes, existe consenso en orden a que las resoluciones que ponen término a un procedimiento no contencioso producen un efecto de *inimpugnabilidad* de lo resuelto, pero carecen de *inmutabilidad*, pues el propio H. Tribunal, posteriormente, y sobre la base de *nuevos antecedentes*, puede modificar lo decidido a través de una nueva resolución:

“Es por lo anterior que dichas resoluciones, como así también las condiciones que en ellas se establezcan, deben ser objeto de modificación o extinción sólo en cuanto muten substancial o significativamente los supuestos fácticos, económicos o jurídicos que las sustentaron, y así sea declarado por este Tribunal en un procedimiento que concluya con un nuevo ejercicio de dicha potestad. Mientras ello no ocurra, las condiciones establecidas

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 682.



en esas resoluciones permanecen vigentes y su incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad infraccional en los términos del artículo 3 del D.L. N°211<sup>13</sup>.

Dicho lo anterior, corresponde ahora despejar las características y requisitos que -desde una perspectiva procesal- deben reunir los denominados *nuevos antecedentes*, para que se justifique la modificación o alzamiento de una o más medidas impuestas por el H. Tribunal.

I.2.2. Los nuevos antecedentes deben ser idóneos y suficientes como para evidenciar la ausencia de legitimidad funcional de las condiciones o medidas bajo análisis

Del hecho que las condiciones o medidas -según se expuso- deban estar asociadas a riesgos concretos y particulares, se deriva que existe un número infinito de obligaciones, cargas o prohibiciones que se puedan imponer a título de *condición o medida*, en tanto se cumpla con los requisitos de debida pertinencia, eficacia y proporcionalidad. Esto último, porque el contenido preciso de dichas condiciones o medidas dependerá, a su vez, de la gran variedad de hechos, actos o convenciones potencialmente anticompetitivas que se evalúen como plausibles por el H. Tribunal -y que las condiciones o medidas están precisamente llamadas a mitigar o evitar<sup>14</sup>. Por lo mismo, el legislador tampoco estableció en el DL 211 un listado taxativo de requisitos que deban cumplirse para alzar o modificar una condición. En lugar de ello, optó en su artículo 32 por un concepto de textura abierta y genérico, como lo es la exigencia de *nuevos antecedentes*. La referencia a dicho concepto genérico obliga a definir en cada caso particular la pertinencia o no de alzar o modificar determinadas condiciones previamente impuestas.

Ilustrador a este respecto resulta lo sostenido por el H. Tribunal en la Resolución N°18/2006, en que señaló:

“Por consiguiente, sobre la base de nuevos antecedentes de hecho, jurídicos o económicos, que constituyan un cambio en las circunstancias que se tuvieron a la vista y en consideración al momento de resolver de una determinada forma o impartir una instrucción, la cuestión puede renovarse por medio de alguna de las vías procesales establecidas en el D.L. N°211 para dar inicio a un procedimiento ante este Tribunal”<sup>15</sup>.

Como se observa, de dicha Resolución se desprende, como aspectos esenciales: (i) que debe tratarse de antecedentes de diversa índole, estableciendo el H. Tribunal un listado abierto al referirse a “antecedentes de hecho, jurídicos o económicos”; y (ii) que “constituyan un cambio en las circunstancias que se tuvieron a la vista y en consideración al momento de resolver”, esto es, que revistan de novedad suficiente a fin de evitar que el H. Tribunal deba pronunciarse dos veces respecto de un mismo asunto.

La aplicación de ambos requisitos se ha materializado en la consideración, por ejemplo, del arribo de un régimen regulatorio posterior que se hace cargo de los riesgos identificados

<sup>13</sup> H. Tribunal. Sentencia N°117/2011, Considerando Vigésimo Primero.

<sup>14</sup> Velozo A., Javier y González D., Daniela, Op. Cit., p. 35.

<sup>15</sup> H. Tribunal. Resolución N°18/2006, Considerando Tercero.



previamente<sup>16</sup>; de la desaparición de tal riesgo por el cambio de variables competitivas, haciendo innecesaria la medida<sup>17-18</sup>; de la falta de idoneidad para resolver los problemas o riesgos de competencia identificados a la fecha de su imposición<sup>19</sup>; o bien, de la aparición de mecanismos menos restrictivos u onerosos para las partes involucradas, que permitan mitigar los riesgos de una manera igualmente eficaz<sup>20</sup>.

Como es posible reconocer, los ejemplos anteriores responden a la aplicación del principio de proporcionalidad, en tanto las medidas o condiciones impuestas por la autoridad sólo se justifican si resultan, copulativamente, (i) necesarias para evitar un riesgo -pertinentes-; (ii) idóneas o útiles para dar solución a ese riesgo -eficaces-; y (iii) proporcionales, es decir, que no resulten más gravosas que el riesgo que se pretende evitar. En la medida que las medidas dejan de ser pertinentes, eficaces o proporcionales, entonces corresponde su alzamiento.

La postura de la FNE, por su parte, no difiere sustancialmente de lo resuelto por el H. Tribunal. Sobre el particular, en el contexto del procedimiento no contencioso Rol NC N°418-2013, se acompañó por parte de dicha entidad un informe en derecho elaborado por el profesor Domingo Valdés Prieto, que se abocó al análisis específico de esta materia, y concluyó lo siguiente:

“Los nuevos antecedentes deben consistir en hechos jurídicos y no meros argumentos jurídicos o económicos, así como tampoco nuevos medios probatorios. Si se aceptaran nuevos argumentos jurídicos o económicos, no hallaríamos ante una interminable fase de discusión que eternizaría los juicios. Análogamente, si fuera posible presentar, bajo el rótulo de nuevos antecedentes, medios probatorios que no fueron presentados en el procedimiento primigenio, se trataría de un solo y mismo juicio que contaría con un probatorio perpetuo. Ambas situaciones resultan incompatibles con un Estado de derecho. Así, no se obtendría la certeza que requiere el Derecho y los hechos se estarían continuamente juzgando bajo nuevos argumentos y nuevas probanzas, lo que ciertamente pugnaría no sólo con la paz social sino que también con una razonable administración de justicia”<sup>21</sup>.

Al analizar los requisitos concretos que deben reunir los *nuevos antecedentes* para ser aptos para modificar o alzar una condición o medida, el profesor Valdés sostuvo que debe tratarse:

- De “*antecedentes reales*”, esto es, que deben existir y ser susceptibles de prueba<sup>22</sup>;
- De “*antecedentes distintos*”, lo que implica que debe tratarse de hechos no invocados ni invocables en el procedimiento primigenio<sup>23</sup>;

<sup>16</sup> H. Tribunal. Resolución N°8/2005, Considerando Noveno.

<sup>17</sup> H. Tribunal. Resolución N°18/2006, Considerandos Decimotercero y Decimocuarto.

<sup>18</sup> H. Tribunal. Resolución N°12/2006, Considerando Cuarto.

<sup>19</sup> H. Tribunal. Resolución N°18/2006, Considerando Decimoséptimo.

<sup>20</sup> Ibid. Considerando Decimonoveno.

<sup>21</sup> Valdés P., Domingo, Op. Cit., p. 662.

<sup>22</sup> Ibid. p. 684.

<sup>23</sup> Ibid. p. 685.



- De “*antecedentes sobrevinientes*”, es decir, que se generen con posterioridad al procedimiento primigenio, o que se devalen después de que la resolución del H. Tribunal esté firme<sup>24</sup>;
- De “*antecedentes directo*”, lo que exige que los mismos tengan una incidencia inmediata y directa en la decisión que se trata de rever<sup>25</sup>;
- De “*antecedentes vinculados*”, a saber, que estén directamente relacionados con las partes y la materia objeto de la decisión primitiva del H. Tribunal<sup>26</sup>; y
- De “*antecedentes substantivos*”, o sea, que tengan la aptitud o fuerza suficiente como para modificar lo resuelto en un inicio<sup>27</sup>.

I.2.3. El H. Tribunal es el órgano competente para pronunciarse sobre la pertinencia de alzar las Condiciones impuestas en la Resolución N°1

Si bien el art. 32 del DL 211 establece la posibilidad de modificar, revisar o revocar una autorización favorable otorgada por el H. Tribunal, ni esta disposición, ni ninguna otra del DL 211 ha establecido de manera explícita un mecanismo especial en virtud del cual ha de solicitarse a la autoridad el alzamiento de condiciones impuestas al momento de aprobar una operación de concentración.

Ha sido la jurisprudencia, tanto del H. Tribunal como de la Excma. Corte Suprema, la que, interpretando las disposiciones del referido cuerpo normativo, ha resuelto aquel vacío estableciendo que, para alzar dichas condiciones, debe ocuparse el mismo procedimiento que se utilizó para su otorgamiento<sup>28-29</sup>.

Lo anterior ha sido refrendado sin discusión por la doctrina autorizada, la que ha aludido al antiguo aforismo relativo a que en derecho *las cosas se deshacen de la misma forma en que se hacen* para arribar a esta conclusión, es decir, que las condiciones o medidas impuestas en un proceso

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> Ibid. p.686.

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> “[...] la modificación de una o más Condiciones de aquellas interpuestas por una Resolución, es el procedimiento de Consulta contemplado por el artículo 18 N°2 del D.L. 211”. H. Tribunal, resolución de 5 de octubre de 2011, dictada en la “Consulta de Copec S.A. sobre los efectos en Chile de su participación en la propiedad de Terpel Colombia y medidas de mitigación”, Rol NC N°380-10.

<sup>29</sup> “Se trata, en definitiva, de condiciones que, en cuanto tales, son permanentes, existiendo dos formas para que dejen de surtir sus efectos o se modifiquen: (i) que el propio Tribunal les fije un plazo o fecha de término al dictarlas [...] o, (ii) que el Tribunal, posteriormente y en virtud de lo dispuesto en el artículo 32, inciso 1°, del D.L. N°211, las modifique, reemplace o declare extinguidas, mediante una nueva resolución, también dictada en ejercicio de las atribuciones contempladas en el artículo 18 N°2 y mediante la tramitación del procedimiento especial del artículo 31”. “[...] la única manera jurídicamente procedente de dejar sin efecto o de modificar una condición impuesta con motivo de una consulta es mediante otra en que se solicite tal término o modificación sobre la base de nuevos antecedentes, pudiendo contar para ello -durante el procedimiento no contencioso respectivo- con la opinión de todos aquellos actores del mercado que quisieran intervenir en el mismo”. H. Tribunal. Sentencia N°117/2011, Considerandos 23° y 80°.



de consulta, previo a una operación de concentración, pueden ser dejadas sin efecto a solicitud de quien tenga interés legítimo a través de un nuevo procedimiento de consulta<sup>30-31-32</sup>.

En consecuencia, existe consenso en que el H. Tribunal es plenamente competente para resolver la presente solicitud en orden a comprobar si, a la luz de los *nuevos antecedentes* que en esta presentación se hacen valer, las Condiciones establecidas en la Resolución N°1 perdieron su *legitimidad funcional* para los fines previstos al momento de su establecimiento.

A igual conclusión se llega al entender que el procedimiento consultivo da cuenta del ejercicio de una facultad extra-jurisdiccional del H. Tribunal, de carácter administrativa<sup>33</sup>. Bajo esta premisa, igualmente el acto revocatorio *debe seguir la forma y el procedimiento usado para la emisión del acto que se revoca*<sup>34</sup>.

No altera lo anterior el hecho de haber entrado en vigencia la Ley N°20.945, que radica la competencia para conocer y pronunciarse sobre las operaciones de concentración en la FNE, pudiendo esta entidad determinar las condiciones o medidas que deberán cumplirse para llevar a cabo las nuevas operaciones de concentración. Luego de la modificación legal referida, el H. Tribunal ha conservado las facultades establecidas en el numeral 2) del artículo 18 del DL 211 que le permiten analizar la conformidad o disconformidad con la libre competencia de un acto existente<sup>35</sup>. La presente consulta se enmarca plenamente dentro del ámbito de aquellas facultades, toda vez que su objeto no es someter al conocimiento del H. Tribunal una operación de concentración -en ningún caso se pide valorar o juzgar la Fusión- sino que únicamente analizar la actual conformidad o disconformidad con la libre competencia de un acto existente, emanado del propio H. Tribunal, como son las Condiciones fijadas por la Resolución N°1.

<sup>30</sup> REGCOM, Informe en Derecho sobre la potestad consultiva en el derecho de la competencia, 2014, elaborado para la FNE y acompañado a los autos Rol NC 418-13 del H. Tribunal, p. 61.

<sup>31</sup> Velozo A., Javier y González D., Daniela, Op. Cit., p. 37.

<sup>32</sup> Montt, Santiago, "Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el derecho chileno", *Anuario de Derecho público 2012*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2012, p. 478.

<sup>33</sup> Silva, José Pedro, Informe en Derecho, 2017, elaborado para Transbank S.A. y acompañado a los autos Rol NC 435-2016 del H. Tribunal), p. 8 y s.; REGCOM, Op. Cit., p. 23.

<sup>34</sup> Olgún, Hernán, *Extinción de los Actos Administrativos. Revocación, Invaldación y Decaimiento*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1961, p. 205.

<sup>35</sup> Véase al respecto la "Consulta de Iberoamericana Radio Chile S.A. y otros sobre la participación en concursos públicos para la renovación de concesiones de radiodifusión", Rol NC N°447-2018 del H. Tribunal, la que fue declarada admisible por resolución de fecha 26 de junio de 2018. Sobre este punto, también es pertinente revisar la resolución de fecha 22 de mayo de 2018 dictada por el H. Tribunal a fojas 1490 del expediente de la "Consulta de GLR Chile Ltda. sobre compra de la totalidad de las acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A.", Rol NC N°173-2006, la cual acogió un recurso de reposición interpuesto por la FNE con fecha 12 del mismo mes y año (fojas 1475 y siguiente de los citados autos Rol NC N°173-2006). En dicho recurso, la autoridad argumentó explícitamente que, en su opinión, "[...] el claro tenor literal del artículo 18 N°2 [del DL 211] conduce a determinar que el H. Tribunal sigue siendo competente para conocer, por vía no contenciosa, de cualquier hecho, acto o contrato distinguible de una operación de concentración de aquellas definidas en los artículos 47 y siguientes [del DL 211]. Entre éstos: (i) Determinar la vigencia o aplicabilidad de las medidas impuestas en procedimientos no contenciosos anteriores, háyanse estos referidos a operaciones de concentración o no [...]" (pp. 8 y 9 del citado recurso de reposición de la FNE).



I.2.4. El único objeto de este procedimiento es evaluar la pertinencia de alzar las Condiciones impuestas en la Resolución N°1

Finalmente, en cuanto al objeto del presente procedimiento, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que el mismo se ve limitado por el asunto sometido a consulta, el que queda fijado al interponerse la misma, sin que posteriormente pueda verse alterado. Ello se desprende de la necesaria *congruencia* que debe existir entre lo consultado y lo resuelto por el H. Tribunal<sup>36</sup>.

Lo anterior resulta ser efectivo tanto si se mira al procedimiento consultivo como uno jurisdiccional no contencioso al cual se aplica la garantía constitucional que otorga el derecho a un debido proceso -garantía que es plenamente aplicable en un procedimiento consultivo-<sup>37</sup>; como si se le categoriza como el ejercicio de una facultad de naturaleza administrativa, a la que resultan aplicables las normas contenidas en la Ley General de Bases del Procedimiento Administrativo, Ley N°19.880. En ese sentido el artículo 41 de la referida ley señala:

“La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá las cuestiones planteadas por los interesados [...] En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución deberá ajustarse a las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si fuere procedente”.

Al ser el objeto de la presente consulta únicamente la solicitud del levantamiento de las Condiciones impuestas a VTR hace quince años con ocasión de la Resolución N°1, no podría mutar ésta, a riesgo de dar lugar a una resolución ilegal, a discutir por ejemplo acerca de nuevas conductas que se pudieran invocar o a condiciones diferentes que algún interviniente pudiera querer solicitar, pues ello excedería con creces el *objeto* del presente proceso y requeriría necesariamente de la apertura de un nuevo proceso *ad hoc* que discutiera esa eventual particular materia, para guardar respeto al debido proceso legal.

En definitiva, de todo lo expuesto en este primer capítulo resulta claro que la vigencia de toda condición o medida impuesta por el H. Tribunal se justifica sólo en la medida en que existan riesgos concretos, precisos e identificados por el mismo H. Tribunal que aún deban ser mitigados. Si dichos riesgos desaparecieron, o si las medidas se tornaron ineficaces o extremadamente gravosas al ser contrastadas con los riesgos que se buscaron originalmente mitigar, entonces las partes afectadas están legitimadas para solicitar su alzamiento, siguiendo las reglas de los artículos 18 N°2 y 31 del DL 211. Para ello, deberán acompañar -cumpliendo con ciertos estándares jurisprudenciales y doctrinarios- antecedentes que den cuenta de la existencia de *nuevos antecedentes* que revelen la falta de pertinencia, eficacia o proporcionalidad de las medidas fijadas en el procedimiento originario, haciéndolas perder su *legitimidad funcional*.

<sup>36</sup> En relación con el principio de congruencia en el ejercicio de la facultad consultiva, véase: Depolo, Radoslav, Informe en Derecho: Alcance y límites materiales de la competencia del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en materia de consultas, 2017, elaborado para Transbank S.A. y acompañado a los autos Rol NC 435-2016 del H. Tribunal, p. 27; Silva, José Pedro, Op. Cit., p. 30.

<sup>37</sup> REGCOM, Op. Cit., p. 55; Núñez, Raúl, Informe en Derecho, 2014, preparado para la FNE y acompañado a los autos Rol N°21.791-2014 de la Excma. Corte Suprema, p. 3 y s.; Silva, José Pedro, Op. Cit., p. 9.



Ello, en el contexto de un procedimiento a partir del cual el H. Tribunal deberá pronunciarse concretamente sobre el *objeto* de lo consultado, en aplicación del principio procesal de *congruencia* y de su símil aplicable a partir de la legislación administrativa.

Habiéndose precisado lo anterior, en lo sucesivo expondremos las razones concretas -los *nuevos antecedentes*- que, en concepto de VTR, dejan en evidencia la inadecuación y total pérdida de *legitimidad funcional* de las Condiciones fijadas en la Resolución N°1, atendidas las actuales características de los mercados de telecomunicaciones en Chile, en especial del mercado de la televisión pagada, mercado relevante sobre el que se pronunció la Resolución N°1.

## II.

### La Resolución N°1: mercado relevante y mercados conexos, justificaciones, objetivos y legitimidad funcional de las Condiciones

#### II.1. Mercados analizados en la Resolución N°1

La Resolución N°1 fue dictada por el H. Tribunal con fecha 25 de octubre de 2004, para decidir en el contexto de un proceso no contencioso, acerca de la consistencia de la Fusión con la libre competencia.

Específicamente, el H. Tribunal discurrió, en su parte considerativa, sobre las consecuencias que podía generar para la libre competencia la Fusión en (i) el mercado relevante de la televisión de pago (incluida su faz *aguas arriba* de adquisición de contenidos para televisión pagada) y sus mercados conexos, esto es; (ii) el de telefonía fija o local; y, (iii) el de internet de banda ancha<sup>38</sup>.

Como veremos en la sección II.2, el único mercado relevante que se analizó en calidad de tal, fue el de la televisión pagada, por cuanto fueron exclusivamente los efectos de la Fusión en dicho mercado -la generación de una *posición dominante transitoria* para VTR en el contexto de barreras a la entrada también temporales allí presentes- lo que motivó al H. Tribunal a imponer las Condiciones contenidas en la Resolución N°1.

En dicha resolución, el H. Tribunal consideró también los efectos que la Fusión podía generar en la faz *aguas arriba* del mercado relevante, esto es, en la adquisición de contenidos por parte de las empresas de televisión de pago<sup>39</sup>, pero lo hizo únicamente en función del efecto que

<sup>38</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, pp. 35 y 36.

<sup>39</sup> En el mercado de adquisición de contenidos actúan como oferentes los denominados grupos proveedores de contenidos, y que han sido definidos por la FNE como “[...] aquellas empresas dedicadas a estructurar canales o señales de televisión. La actividad principal de los Proveedores de Contenidos consiste en el otorgamiento de licencias a los Operadores de TV Paga para la transmisión de los distintos canales de televisión que negocian. Adicionalmente, venden publicidad para ser incorporada a sus canales. En Chile, los principales actores del mercado son conglomerados extranjeros, entre los que destacan, junto con HBO y Turner, Fox Latin American Channel Inc. [...], ESPN Inc., ESPN Enterprises Inc. Y Buena Vista International Inc. [...] y Discovery Networks SL [...]. Con respecto a los conglomerados locales, el Canal del Fútbol [...] es el actor más importante a tener en consideración”. FNE. Informe de Aprobación de la Operación de Concentración entre Time Warner Inc. y AT&T Inc., 30 de agosto de 2017, pp. 4 y 5, emitido en el contexto del expediente Rol FNE N°F-81-2017. Como veremos más adelante, existe una marcada tendencia a la concentración de los grupos proveedores de contenidos, la que se



podía generar la Fusión en el mercado de la televisión pagada, al posicionar a VTR en ese momento -y temporalmente- como una empresa con *posición dominante*<sup>40</sup>.

Lo mismo puede predicarse de algunas Condiciones -que analizaremos *infra*-, que el H. Tribunal estableció considerando lo que estimó fueron ciertos riesgos de apalancamiento que podían haberse generado prospectivamente a partir de la Fusión y, concretamente, de un potencial abuso de la *posición dominante temporal* de VTR en el mercado relevante de la televisión pagada, con efectos en algunos mercados conexos o relacionados (que fue el calificativo que les dio el H. Tribunal<sup>41</sup>) en que VTR carecía de tal posición.

Dicho de otro modo, de no haber generado la Fusión una *posición dominante transitoria* de la Compañía en el mercado de la televisión pagada hubiese sido por completo innecesario considerar su faz *aguas arriba* de adquisición de contenidos o los mercados conexos, que, por su propia definición, son accesorios o dependientes -si se prefiere- del análisis del mercado relevante de que se trata.

Sin perjuicio de lo anterior, los dos mercados conexos mencionados en la citada Resolución N°1 -el mercado de la internet de banda ancha<sup>42</sup> y el de la telefonía local<sup>43</sup> - fueron considerados principalmente por el H. Tribunal para los efectos de aprobar la Fusión, en atención a que las eficiencias de ésta se materializarían en dichos mercados, como consta de los propios considerandos de la Resolución N°1, y que ahora se pasan a revisar.

En efecto, la principal motivación del H. Tribunal para autorizar la Fusión, fue que ella permitiría a la entidad resultante -la actual VTR- reducir significativamente sus costos y, gracias a ello, competir con mayor fuerza en los mercados de la telefonía fija e internet de banda ancha, desafiando la supremacía que mostraba la entonces Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (“CTC”), actual Telefónica Chile S.A. (“Movistar”) en ambos mercados. Ello, por la vía de llevar adelante un ambicioso proyecto de bidireccionalidad de la red<sup>44</sup>.

---

ha visto reflejada en las adquisiciones de CDF por parte del Grupo AT&T (a través de su unidad de negocios Turner) y de Fox por parte del grupo Disney-ESPN, ambas aprobadas por la FNE sujetas a condiciones en el marco de las investigaciones Rol FNE N°F-116-2018 y F-155-2018, respectivamente. Por contrapartida, actúan como demandantes de contenidos los operadores de televisión pagada.

<sup>40</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, p. 43: “Es importante tener presente la posibilidad de que la posición dominante [en el mercado de la televisión pagada] de la eventual empresa fusionada pueda derivar en un poder monopsonico en los contratos con los proveedores de señales a nivel nacional, que podría materializarse en la forma de negativa injustificada de compra y/o en el ofrecimiento de precios que no dicen relación con las condiciones de mercado”.

<sup>41</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, p. 44: “Potenciales efectos anticompetitivos en mercados relacionados. En caso de que la empresa resultante de la eventual fusión consultada obtenga ganancias sobrenormales, puede subsidiar con parte de estos recursos los valores de productos y servicios de mercados relacionados, como la telefonía fija y la banda ancha. Esto sería atractivo en caso de que la empresa fusionada pudiese desplazar a su competencia en aquellos mercados relacionados, para después obtener ganancias sobre normales en ellos”.

<sup>42</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, pp. 40 y 41.

<sup>43</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, p. 41.

<sup>44</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, pp. 47 a 49. Específicamente, el proyecto de bidireccionalidad de la red de VTR estaba enfocado en la expansión de la red híbrida de fibra coaxial de las empresas fusionadas a fin de: “a) Ofrecer capacidad bidireccional a 50 nuevas comunas, cuyas redes hoy sólo permiten ofrecer a los consumidores los servicios de TVP [televisión pagada] y no los de banda ancha o telefonía; b) Así, en total, la empresa fusionada ofrecerá red bidireccional a 87 comunas en todo el país, cubriendo más de 2,1 millones de hogares; c) Con este plan, que ni VTR ni MI podrían acometer por sí mismas, las redes en estas nuevas comunas también estarán en capacidad de prestar los servicios de banda ancha y



El H. Tribunal fue explícito en ello, como consta en varias secciones de la Resolución N°1, señalando que la Fusión:

“[P]odría implicar mayor competencia en los servicios de telefonía y banda ancha, siempre que se dé cumplimiento al plan de inversiones expuesto por los consultantes a lo largo del expediente [...] Las empresas consultantes reducirían sus costos en un monto que ellas estiman sería de 25 millones de dólares anuales en régimen para la escala actual del negocio. De este monto total, más de 10 millones son gastos que se reducen al eliminar una de las redes en aquellos lugares en que existe superposición de redes (apoyo en postes, energía de red, mantención de red, auditoría de clientes, etc.). Un monto similar se ahorraría anualmente por eliminación de duplicidades en gastos de administración, publicidad y ventas. Adicionalmente, el aumento de escala que se produce al sumar los clientes de ambas empresas reduce los costos de programación, enlace internacional de Internet y otros. Además de los ahorros operacionales antes descritos, las empresas consultantes sostienen que gran parte de los elementos de red, que dejarán de ser necesarios en las zonas en que hay superposición o duplicación de redes, se podrán reutilizar para darle bidireccionalidad a las redes de aquellas zonas en que sólo hay redes unidireccionales. De esa manera se reduce en 44% el costo del proyecto de expansión de la red bidireccional, lo que hará posible llegar con el ‘triple play’ a zonas menos atractivas por su densidad de demanda”<sup>45</sup>.

Este objetivo pro-competitivo se cumplió con creces pues, gracias a la Fusión, VTR pudo efectivamente competir más eficiente y efectivamente en los mercados de telefonía local e internet de banda ancha, modificando favorablemente la estructura de ambos mercados, según se explica en la sección IV de esta presentación.

**II.2. El mercado de la televisión pagada es el único mercado relevante para los efectos de este procedimiento no contencioso, pues fueron los efectos de la Fusión en dicho mercado los que justificaron la imposición de las Condiciones**

Sin perjuicio de que el H. Tribunal evaluó positivamente la Fusión por sus efectos pro-competitivos y las eficiencias a que daría lugar, aprobándola, consideró de todos modos que “[...] en el corto plazo la fusión representa una concentración muy importante en el segmento de la TV pagada”<sup>46</sup>, lo que estimó podía dificultar transitoriamente el desarrollo de la competencia en dicho mercado y, consecuentemente, en su faz *aguas arriba* de adquisición de contenidos televisivos.

---

*telefonía fija que VTR y MI ofrecen hoy a sus clientes en otras zonas y comunas del país. En lo concerniente a los beneficios en los mercados de telefonía e internet banda ancha, la fusión permitiría, según los consultantes, un incremento sustancial de los niveles actuales de cobertura geográfica de la red bidireccional de la empresa fusionada y de la calidad con la que los servicios de telecomunicaciones serán prestados. Así, la empresa fusionada podrá desafiar la posición dominante que actualmente posee Telefónica CTC en telefonía fija y le permitirá ejercer una competencia efectiva en banda ancha”. H. Tribunal. Resolución N°1, p. 18.*

<sup>45</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, pp. 47 y 48.

<sup>46</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, p. 49.



En efecto, las Condiciones fueron elaboradas sobre la base de un análisis prospectivo del mercado de la televisión pagada, fundado en que luego de la Fusión, la Compañía pasaría a contar con aproximadamente el 88% de participación en dicho mercado, según número de suscriptores<sup>47</sup>.

Esa alta participación significaba, en opinión del H. Tribunal, un eventual riesgo para los competidores de la entidad fusionada -lo que motivó la adopción, por ejemplo, de la Condición Primera de la Resolución N°1-, para los consumidores finales del servicio -lo que justificó la imposición, por ejemplo, de las Condiciones Séptima y Octava-, y para los proveedores de contenidos -lo que explicó, por ejemplo, la Condición Quinta- (todas las Condiciones se mencionan *infra*).

En palabras del H. Tribunal:

“Así, por ejemplo, la concentración de la prestación del servicio de televisión pagada puede producir un aumento de tarifas, sin que necesariamente se produzca una disminución de suscriptores lo que, naturalmente, estará en función de la elasticidad precio de la demanda que este servicio presenta. De la misma forma, al anularse promociones u otros incentivos para aquellos suscriptores que se cambien de proveedor, se termina con la posibilidad de pagar tarifas promedio inferiores.

Por otra parte, la fusión amenaza con disminuir la diversidad en la oferta programática. En efecto, la existencia de mayores grados de competencia genera la posibilidad de elegir la programación de uno de los oferentes. Por último, al disminuir la posibilidad de cambiar de oferente se corre el riesgo de desmejorar la calidad del servicio. Pueden sumarse a estos efectos las distorsiones que podrían presentarse con las compras de contenido por parte de una empresa dominante”<sup>48-49</sup>. [...]

“La competencia que se dará en servicios tan esenciales para el desarrollo del país entregará, a juicio de este Tribunal, beneficios que superan los costos de tener, por un tiempo, una empresa con clara posición dominante en el mercado de la TV pagada.

<sup>47</sup> Según informó la FNE mediante presentación de fecha 9 de junio de 2004, en el procedimiento Rol N°240-03 de la H. Comisión Preventiva Central que finalmente concluyó en la Resolución N°1 de este H Tribunal: “[...] en la oferta de televisión de pago, VTR tiene una participación cercana, incluido TV Max, al 58,3%; MI, 30,1%; la TV satelital 8,1%; y otros operadores, 3,5%” (página 10). Por ende, la suma de las participaciones de VTR y MI, en esa época (junio 2004), ascendía a un 88,4% del total de suscriptores nacionales de televisión pagada.

<sup>48</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, pp. 47 y 48.

<sup>49</sup> Véase también, en el mismo sentido, H. Tribunal. Resolución N°1, p. 43: “Es importante tener presente la posibilidad de que la posición dominante de la eventual empresa fusionada pueda derivar en un poder monopólico en los contratos con los proveedores de señales a nivel nacional, que podría materializarse en la forma de negativa injustificada de compra y/o en el ofrecimiento de precios que no dicen relación con las condiciones de mercado.

Existe el riesgo también de que se produzca un eventual abuso de posición dominante si la fusionada realiza prácticas que impidan u obstaculicen la distribución de señales independientes en la parrilla básica de un operador de cable por medio de represalias. Sus relaciones de propiedad y su poder de mercado en las ventas de señales, podrían incentivar a la fusionada a que imponga precios excesivos o discriminatorios o la venta atada de señales producidas por empresas relacionadas con Liberty.

Por último, existe el riesgo de establecimiento de contratos de exclusividad o de distribución exclusiva que impidan una competencia potencial”.



Este Tribunal tiene el convencimiento de que, en el mediano plazo, el dinamismo tecnológico del sector eliminará esa posición dominante en la TV pagada, aumentando la competencia en todo el sector de telecomunicaciones. Incluso en el caso de que así no fuese, y sólo la TV pagada por cable fuese factible económicamente para proveer este servicio, es altamente probable que en las zonas más atractivas, en que hoy coexisten los servicios de las consultantes, pudiera entrar un competidor con igual tecnología, dado que las economías de escala no parecen tan relevantes. Sin embargo, habida cuenta de la importancia de los costos hundidos en esta industria, cualquiera sea la tecnología con la que se pretenda desafiar a este monopolio, las empresas que eventualmente quieran entrar al mercado de la TV pagada se arriesgarán a enfrentar prácticas predatorias por parte de la empresa ya establecida. Es por eso que el Tribunal ha decidido imponer restricciones en esta materia, según se verá más adelante en la parte resolutive de este fallo.

Precisamente porque en el corto plazo la fusión representa una concentración muy importante en el segmento de la TV pagada, el Tribunal ha decidido imponer condiciones para la fusión, las más determinantes de carácter transitorio [...]”<sup>50</sup>. [...]

“[...] este Tribunal considera que la operación consultada puede obstaculizar el desarrollo de la competencia efectiva en el mercado de la televisión pagada en el corto plazo, por lo que su autorización se subordina al cumplimiento de las siguientes condiciones [...]”<sup>51</sup>.

Por consiguiente, fue única y exclusivamente debido a esta situación *transitoria* o temporal de *dominancia* de VTR en el mercado de la televisión pagada, y de la existencia de barreras a la entrada respecto de ese mismo mercado, igualmente temporales, que el H. Tribunal subordinó la autorización de la Fusión al cumplimiento de las Condiciones.

A nuestro entender, la *legitimidad funcional* que sustenta las Condiciones impuestas por la Resolución N°1 consiste en prevenir los riesgos concretos asociados a que VTR pudiera abusar de dicha *posición dominante transitoria* en el mercado de la televisión pagada y, más específicamente, los riesgos de abuso: (i) con fines explotativos de consumidores finales o de proveedores de contenidos; y (ii) con fines exclusorios, (a) respecto de competidores actuales o potenciales en el mercado de la televisión pagada, especialmente aquellos que utilizaban la tecnología satelital, que el H. Tribunal estimaba que desafiaría la posición competitiva de las empresas de televisión por cable -como en los hechos ocurrió-; y, (b) basados en los riesgos de *apalancamiento* o *leveraging* derivados de la posición adquirida en la televisión pagada, respecto de competidores actuales o potenciales en los mercados conexos o *relacionados* de internet de banda ancha y telefonía local, en los que VTR podría haber intentado traspasar su poder en el mercado de la televisión pagada con una estrategia de *apalancamiento* -más allá de que el propio H. Tribunal considerara dicho riesgo de baja probabilidad de ocurrencia<sup>52</sup>-.

<sup>50</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, p. 49.

<sup>51</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, p. 50.

<sup>52</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, p. 44: “Potenciales efectos anticompetitivos en mercados relacionados. En caso de que la empresa resultante de la eventual fusión consultada obtenga ganancias sobrenormales, puede subsidiar con parte de estos recursos los valores de productos y servicios de mercados relacionados, como la telefonía fija y la banda ancha. Esto sería



Sobre la base de esas consideraciones, el H. Tribunal fijó el texto definitivo de las Condiciones, con el solo objetivo de evitar un deterioro o reducción sustancial de la competencia en los términos explicados<sup>53</sup>:

“PRIMERA. El grupo controlador de la empresa fusionada no podrá participar, ni directa ni indirectamente, por sí o por medio de personas relacionadas -en los términos previstos en el artículo 100 del Ley del Mercado de Valores, N°18.045-, en la propiedad de compañías operadoras de televisión satelital o vía microondas en Chile, debiendo proceder a la enajenación de cualquier participación que mantenga actualmente en sociedades que exploten ese giro, dentro del plazo de seis meses contados desde la fecha de la presente resolución.

SEGUNDA. Se prohíbe a la empresa fusionada participar, directamente o a través de personas relacionadas, en la propiedad de aquellas empresas calificadas como dominantes por la Resolución N°686, de 20 de mayo de 2003 de la H. Comisión Resolutiva, en el mercado de la telefonía fija. Del mismo modo, deberá ponerse término al pacto vigente entre CTC y MI dentro del plazo de seis meses a contar de la fecha de la presente Resolución. Asimismo, todo acto o convención entre la empresa fusionada o sus relacionadas con aquellas compañías dominantes antes definidas, que impliquen actuaciones comerciales conjuntas o algún nivel de coordinación en la operación de ellas,

---

*atractivo en caso de que la empresa fusionada pudiese desplazar a su competencia en aquellos mercados relacionados, para después obtener ganancias sobre normales en ellos. Sin embargo, a juicio de este Tribunal, esto es extremadamente difícil teniendo el competidor altos costos hundidos, como es el caso de la telefonía fija. Sería además, también en opinión del Tribunal, poco rentable ya que la telefonía fija seguirá siendo un mercado regulado mientras no sea efectivamente competitivo. Existe además el peligro de que se realicen ventas atadas de TV cable, telefonía y banda ancha. Los posibles efectos en mercados relacionados antes indicados, serán causa de algunas medidas restrictivas contenidas en la parte resolutive”.*

<sup>53</sup> El que evitar una reducción sustancial de la competencia sea el objetivo de las medidas de mitigación que se imponen en el contexto de la aprobación de una operación de concentración, es una conclusión asentada desde hace largos años en la jurisprudencia nacional. Así, por ejemplo, se puede leer en varias sentencias del H. Tribunal y la Excm. Corte Suprema previas a la modificación al DL 211 en agosto de 2016: “Si bien este Tribunal concuerda con que la operación consultada implica los riesgos ya señalados, generados por la concentración de derechos de aguas en la zona, estima que cualquier condición que sea considerada como necesaria para mitigar los riesgos de una operación sometida a su conocimiento, sólo debe extenderse en tanto sea esencial para lograr dicho objetivo, y no corresponde que sea establecida como una compensación o gravamen que no tenga por objeto, en este caso, reducir las barreras de entrada a un determinado segmento de generación hidroeléctrica”. H. Tribunal. Resolución N°22/2007, p. 68; “303. Lo anterior implica que, para aprobar una operación con elevados riesgos para la libre competencia -como la que aquí se analiza-, las condiciones y medidas que se impongan deben cumplir con determinados requisitos de procedencia y operabilidad, que hagan viable en términos competitivos la existencia y desenvolvimiento en el mercado de la empresa resultante de la operación que así se apruebe. En segundo término, en el caso bajo análisis las medidas que se impongan a la empresa resultante de la Operación, en un mercado de redes fuertemente concentrado como es el aéreo respecto de Chile, deben estar orientadas además a generar las condiciones e incentivos necesarios y razonables para permitir el surgimiento o consolidación de competencia efectiva que, en el mediano y largo plazo, discipline el comportamiento de LATAM. Se trata, en definitiva, de restaurar las condiciones de competencia previas a la Operación, permitiendo la participación en los mercados afectados de un competidor que pueda reemplazar al que, una vez perfeccionada la misma, dejará de competir actual o potencialmente con LAN, esto es, a TAM”. H. Tribunal. Resolución N°37/2011, p. 116; “También se debe tener presente que las medidas que adopte el tribunal sólo pueden tener como objetivo devolver al mercado el equilibrio perdido producto de la fusión. En este sentido se debe destacar que no está dentro de las finalidades de aquéllas, imprimir más competencia al mercado, puesto que en definitiva el TDLC no ha sido concebido como un ente promotor de aquél. De lo anterior surge que sus facultades dentro del ámbito de una consulta, sólo dicen relación con el restablecimiento de la competencia en el escenario pre-fusión” Excm. Corte Suprema, sentencia de fecha 30 de septiembre de 2013 en autos rol N°346-2013, Considerando Vigésimo Séptimo, pp. 72 y 73.



en cualquier mercado de telecomunicaciones, deberá ser sometido a la aprobación previa de este Tribunal.

**TERCERA.** En concordancia con el Decreto N°742 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en el caso de que la empresa fusionada realice ofertas conjuntas de distintos servicios de telecomunicaciones, deberá señalar en éstas, separadamente y en forma clara, el valor o precio y las condiciones de cada uno de los servicios ofertados.

Se prohíbe asimismo a la empresa fusionada comercializar en forma atada, esto es, 'imponiendo a una venta la de otro producto' en los términos del Art. 3, letra b), del DL 211, la oferta de televisión por cable con la de acceso a Internet de banda ancha y/o con la de telefonía fija. Tampoco podrá realizar ventas atadas de cualquier combinación entre estos servicios. Sí podrá ofertarlos en forma conjunta siempre que la aceptación de la oferta por parte de los consumidores sea totalmente libre y voluntaria. Tampoco podrá discriminar en la calidad de la parrilla programática de la TV por cable ni en la de cualquiera de los servicios de telecomunicaciones, atendiendo al número de ellos que el consumidor contrate.

**CUARTA.** La empresa fusionada deberá realizar una oferta mayorista, de carácter público, no discriminatoria y de acuerdo a los precios competitivos del mercado de acceso a internet banda ancha, para cualquier ISP [Internet Service Provider o Proveedor de Servicio de Internet].

**QUINTA.** Se prohíbe a la empresa fusionada usar su poder de mercado sobre terceros programadores que vendan señales o producciones de TV pagada, para negar injustificadamente la compra, u ofrecer por ellas un precio que no tenga relación con las condiciones de competencia del mercado.

**SEXTA.** La empresa fusionada deberá renunciar y no aceptar en el futuro actuar como agente o distribuidor para nuestro país de los canales temáticos producidos o distribuidos nacional o internacionalmente.

Asimismo, la empresa fusionada renunciará y no aceptará en el futuro exclusividad alguna respecto de derechos de retransmisión televisiva de largometrajes cinematográficos, canales temáticos u otros producidos por cualquier empresa nacional o internacional de contenidos, estén o no relacionados con la controladora Liberty Media, condición que no se hace extensiva a los acuerdos o contratos de transmisión exclusiva de eventos específicos.

**SÉPTIMA.** Se establece como condición de la operación la oferta de los consultantes contenida a fs.188, en orden a que la empresa resultante no realizará alzas de los precios ni disminuciones en la calidad programática en las zonas actualmente abastecidas durante los próximos tres años posteriores a la fecha de la materialización de la fusión, fuera de la variación de sus costos.



**OCTAVA.** La empresa fusionada deberá mantener una única política de precios uniforme para todo el territorio nacional sin discriminar entre zonas con o sin presencia de otros operadores que brinden servicios de Televisión pagada, mediante cualquier plataforma”<sup>54</sup>.

Como se explica en detalle en las secciones III y IV de esta presentación, el objetivo buscado por el H. Tribunal se cumplió plenamente, al punto de que no sólo las condiciones de competencia en el mercado relevante de televisión pagada y en sus mercados conexos no empeoraron, sino que han mejorado sustantivamente desde la aprobación de la Fusión, al punto de que hoy las Condiciones impuestas por la Resolución N°1 han perdido *su objeto*.

**II.3. Finalmente, el propio H. Tribunal reconoció expresamente en la Resolución N°1 que la legitimidad funcional de las Condiciones tendría una vigencia transitoria o acotada en el tiempo, supeditada a la permanencia de las características estructurales del mercado de la televisión pagada vigentes al momento de aprobarse la Fusión**

En efecto, en varias ocasiones el H. Tribunal hizo presente en la Resolución N°1 el carácter *transitorio* de la *dominancia* que adquiriría VTR en el mercado de la televisión pagada y, por ende, también de la necesidad de mantener vigentes las Condiciones únicamente mientras esa dominancia durara.

Así se observa de las citas de la Resolución N°1 transcritas *supra*, donde se repiten expresiones tales como “*por un tiempo*”<sup>55</sup> y “*en el corto plazo*”<sup>56</sup> para referirse a la *posición dominante* de VTR en el mercado referido.

Consistentemente, el H. Tribunal utilizó la expresión “*en el mediano plazo*”<sup>57</sup> para referirse al momento en que dicha *dominancia temporal* desaparecería -y, por ende, también expiraría la razón de ser u *objeto* de las Condiciones-, fruto de la fuerte competencia que, según el mismo H. Tribunal previó, traería consigo el desarrollo y evolución de la tecnología de la televisión de pago -fundamentalmente satelital-.

Este fenómeno -dinamismo tecnológico- fue destacado en varios pasajes de la Resolución N°1, y constituyó un argumento nuclear en la decisión del H. Tribunal de aprobar la Fusión. En ese sentido señaló:

“[...] el dinamismo tecnológico esperable de esta industria puede restringir o eliminar en el futuro las barreras de entrada mencionadas y hacer muy inestables las fronteras del mercado relevante de la TV pagada”<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, pp. 50 a 52.

<sup>55</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, p. 49.

<sup>56</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, pp. 49 y 50.

<sup>57</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, p. 49. La oración completa es: “Este Tribunal tiene el convencimiento de que, en el mediano plazo, el dinamismo tecnológico del sector eliminará esa posición dominante en la TV pagada, aumentando la competencia en todo el sector de telecomunicaciones”.

<sup>58</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, p. 45.



“Los aspectos tecnológicos juegan un papel fundamental en la configuración de la estructura del sector de las telecomunicaciones. En primer lugar, la existencia de economías de densidad y economías de escala, tiende a resultar en estructuras concentradas. En segundo lugar, el constante desarrollo de nuevas tecnologías, y en especial la convergencia de éstas, crea condiciones muy dinámicas en los mercados, abriendo la posibilidad de competencia”<sup>59</sup>.

“El permanente desarrollo de nuevas tecnologías para producir los servicios de comunicaciones disponibles, así como otros nuevos, crea condiciones de mercado muy dinámicas”<sup>60</sup>.

Pues bien, y como pasamos a revisar a continuación, el análisis prospectivo efectuado en el año 2004 por el H. Tribunal ha probado ser enteramente correcto, pues el desarrollo de la tecnología -fundamentalmente satelital, aunque también de otras- hizo posible un grado de competencia tal en el mercado relevante de la televisión pagada, que VTR perdió irremediamente la posición dominante transitoria que obtuvo en dicho mercado inmediatamente post Fusión, en el año 2004. Por lo tanto, con ello también se eliminó la posibilidad de que VTR abuse de tal posición dominante (ya inexistente) en el mercado relevante o de apalancarse en ella con efectos en los mercados conexos o relacionados.

### III.

#### **Nuevo antecedente: VTR no tiene en la actualidad una posición dominante en el mercado relevante de la televisión pagada**

##### **III.1. Definición del mercado relevante de la televisión pagada**

La Resolución N°1 definió el mercado de la televisión pagada desde una perspectiva del producto como el servicio que “[...] distribuye señales nacionales e internacionales de televisión, adicionales a las que ofrece la televisión abierta, por cable, por medio de satélite u otra tecnología, recibiendo como contraprestación a este servicio un pago mensual que realizan sus consumidores. En éste participan, por lo tanto, empresas de TV cable como de TV satelital, entregando un producto similar”<sup>61</sup>.

Sobre este último punto, el H. Tribunal muy correctamente previó que “[...] la TV satelital es hoy [2004] el sustituto más cercano de la TV por cable. Esta sustituibilidad se incrementará en el futuro en la medida de que las diferencias de precios entre ambas plataformas disminuyan y los costos para el consumidor de acceder a la TV satelital se asimilen a los de la TV por cable”<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, p. 45.  
<sup>60</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, p. 46.  
<sup>61</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, p. 36.  
<sup>62</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, p. 36.



Por su parte, desde una perspectiva geográfica, el H. Tribunal sostuvo acertadamente que se trataba de un “[...] mercado nacional, reconociendo que hay zonas del país con niveles de competencia disímiles”<sup>63</sup>.

Las definiciones anteriores son las únicas pertinentes para analizar la presente solicitud de alzamiento de las Condiciones, pues todas éstas se fijaron en atención a los riesgos derivados de la *posición dominante transitoria* que alcanzaría VTR tras la Fusión en el mercado del producto y geográfico de la televisión pagada.

Por lo tanto, el ejercicio analítico para determinar la mantención o desaparición de dichos riesgos -y, por ende, la mantención o alzamiento de las Condiciones- debe necesariamente efectuarse sobre la base del mismo marco conceptual utilizado para identificarlos -y adoptarlas- en un primer momento.

En otras palabras, lo que corresponde es analizar la evolución del mercado nacional de la televisión pagada en estos quince años y determinar si las Condiciones, a la luz de esa evolución, siguen siendo pertinentes, eficaces y proporcionales para prevenir los riesgos concretos que les otorgaban *legitimidad funcional* y, de tal modo, les permitían asegurar la libre competencia en dicho mercado o si, por el contrario, se han vuelto innecesarias para dicho fin o, incluso peor, un obstáculo para su consecución.

Proceder de otro modo sería metodológicamente incorrecto pues, en los hechos, implicaría volver a pronunciarse sustantivamente sobre la Fusión, siendo que su adecuación a la legislación nacional de libre competencia es materia zanjada (cosa juzgada) desde 2004 y que, por lo demás, ello excedería con mucho al *objeto* de lo solicitado por esta parte en esta consulta-solicitud que, como explicamos *supra*, determina la competencia de este H. Tribunal al momento de dictar la resolución que ponga término a este procedimiento-.

**III.2. La carencia de una *posición dominante* por VTR en el mercado relevante de la televisión pagada constituye un *nuevo antecedente* que se encuentra plenamente evidenciado por un cúmulo de circunstancias económicas y fácticas**

A la época de la dictación de la Resolución N°1, post Fusión, las características del mercado relevante de la televisión pagada eran sustancialmente distintas a las existentes en la actualidad:

- (i) Luego de la aprobación de la Fusión, la Compañía pasó a contar con un 88,4% de participación de mercado, teniendo como competidores a algunas incipientes empresas de televisión satelital<sup>64</sup> -que mantenían un 8,15% de participación de

<sup>63</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, p. 42. Esta definición geográfica -nacional- también se aplicó a los mercados de internet de banda ancha y de telefonía fija o local.

<sup>64</sup> Como ya se explicó en la sección II de esta presentación, en la Resolución N°1, el H. Tribunal consideró que la televisión satelital era un sustituto de la televisión por cable, sin perjuicio de que la primera implicaba a esa fecha un costo inicial mayor para el usuario por la instalación de antena y uno o más decodificadores para cada abonado. Al respecto, el H. Tribunal sostuvo que: “En conclusión, este Tribunal considera que la TV satelital es hoy el sustituto más cercano de la TV por cable. Esta sustituibilidad se incrementará en el futuro en la medida de que las diferencias de precios entre ambas



mercado- y otras empresas regionales de televisión por cable de menor tamaño - que contaban en conjunto con un 3,5%-<sup>65</sup>.

- (ii) Inmediatamente post Fusión, el índice de concentración Herfindhal-Hirschmann (“IHH”) en el mercado de la televisión pagada alcanzó los 7.729 puntos<sup>66</sup>.
- (iii) En cuanto a las barreras a la entrada, el H. Tribunal constató que, especialmente en la provisión del servicio de televisión pagada a través de redes híbridas de fibra coaxial (“HFC”), existían a esa fecha importantes costos hundidos o inversiones irre recuperables, lo que afectaba la *contestabilidad* de este mercado al implicar mayores costos de salida. Adicionalmente, el H. Tribunal estimó que la red de VTR gozaba de economías de escala y de densidad<sup>67</sup>.
- (iv) En el 2006 -dos años después de la Fusión-, el índice de penetración de suscriptores de televisión pagada era de sólo 6,22 por cada 100 habitantes<sup>68</sup>.
- (v) A esa fecha, no había un desarrollo de internet de banda ancha que permitiera el advenimiento de los servicios de video sobre internet u *over-the-top* (“OTT”).

Por todo lo anterior, el H. Tribunal consideró en 2004 que la Fusión generaba una *posición dominante* de VTR en el mercado en análisis -aunque esencialmente *transitoria*-, precisamente debido al desarrollo tecnológico que caracterizaba (y sigue caracterizando) a esta industria.

En la actualidad, sin embargo, tal *posición dominante* ya no existe. Tal como lo previó la Resolución N°1, aplicando un concepto de *eficiencia dinámica*, las Condiciones impuestas a la Compañía permitieron que se desarrollara una efectiva competencia en el mercado de la televisión pagada, el cual hoy se encuentra caracterizado por la fuerte presencia de la tecnología satelital, la participación de nuevos actores y la disminución sustancial de su IHH. Ello, además de la irrupción de un sustituto diferente como lo son las tecnologías OTT.

A continuación, se exponen brevemente los criterios que tanto este H. Tribunal como la doctrina y la jurisprudencia de referencia consideran necesarios para configurar una *posición dominante*, los que servirán de guía para estructurar el análisis sobre cómo la concurrencia de los *nuevos antecedentes* aquí presentados determina que ninguno de esos criterios se cumpla respecto de VTR, lo que justifica el alzamiento de las Condiciones de la Resolución N°1.

---

*plataformas disminuyan y los costos para el consumidor de acceder a la TV satelital se asimilen a los de la TV por cable*”. H. Tribunal. Resolución N°1, p. 39.

<sup>65</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, p. 10.

<sup>66</sup> Informe económico titulado “Impactos de la fusión VTR-Metrópolis Intercom en el mercado nacional de las telecomunicaciones: análisis ex post de un fallo controvertido”, elaborado por Bitrán y Asociados, de fecha agosto de 2008, p.13.

<sup>67</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, pp. 44 y 45.

<sup>68</sup> Según estadísticas oficiales de Subtel, las que se encuentran disponibles para ser descargadas en el siguiente link: <https://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/television/> [última visita: 13 de agosto de 2019]. En 2004, previo a la Fusión, la suma total de abonados a la televisión pagada era inferior a los 900.000. H. Tribunal. Resolución N°1, p. 8, específicamente el último párrafo donde que se compara el número de suscriptores de la televisión pagada con el número de socios de la hoy desaparecida empresa de arriendo de videos Blockbuster.



### III.2.1. Criterios para calificar de dominante a una compañía en un mercado determinado

En la jurisprudencia nacional, se pueden identificar al menos tres definiciones de *posición dominante*<sup>69</sup>: se ha utilizado en algunos casos (i) como sinónimo de fortaleza comercial que permite la exclusión de competidores, distorsionando el proceso competitivo<sup>70</sup>; (ii) como la posibilidad de afectar el bienestar de los consumidores incrementando los precios con independencia de la actuación de sus competidores<sup>71</sup>; y (iii) como inducción a partir de un efecto en el mercado que sólo pudiera haberse dado en condiciones de *dominancia* de parte de uno de sus actores<sup>72</sup>.

Uno de los ejercicios más claros de definición del concepto de *posición dominante* se encuentra en la sentencia N°112/2011 del H. Tribunal, que definió *poder de mercado* como “[l]a habilidad para actuar con independencia de otros competidores y del mercado, fijando o estableciendo condiciones que no habrían podido obtenerse de no mediar dicho poder”<sup>73</sup>. Esta definición constituye un claro acercamiento al tratamiento que en Europa ha recibido este concepto (para estos fines podemos homologar los conceptos de *posición dominante* y de *poder de mercado*).

El derecho europeo ha utilizado, en efecto, un concepto de *posición dominante* relativamente estable durante los últimos 50 años, incorporado actualmente en la Comunicación de la Comisión 2009/C45/02, *Orientaciones sobre prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes* (“Orientaciones de la Comisión”). Aquel texto define el concepto de *dominación* en su párrafo 10, señalando:

“La dominación se ha definido conforme al Derecho comunitario como la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores. [...] Por lo general, una posición dominante es el resultado de varios factores que, tomados por separado, no son necesariamente determinantes”.

La definición contenida en las Orientaciones de la Comisión es sobre todo el resultado del tratamiento jurisprudencial del concepto de *dominancia* o *poder dominante* en Europa<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> Ybar A., Mario. *Comprendiendo el abuso de posición de dominio: Revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias*. En; Revista de Derecho Económico, Universidad de Chile, 2013, pp. 16 a 18.

<sup>70</sup> H. Tribunal. Sentencia N°103/2010, Considerando Vigésimo Cuarto.

<sup>71</sup> H. Tribunal. Sentencia N°93/2010, Considerando Trigésimo Segundo.

<sup>72</sup> H. Tribunal. Sentencia N°63/2008, Considerando Centésimo Trigésimo Cuarto.

<sup>73</sup> H. Tribunal. Sentencia N°112/2011, Considerando Sexagésimo Noveno.

<sup>74</sup> El caso más emblemático a este respecto es *United Brands*. En aquella oportunidad, el Tribunal de Justicia refundió los diferentes conceptos que hasta ese momento se utilizaban para referirse a la *posición dominante*, estableciendo las bases de la definición que actualmente se utiliza en la materia. Asunto 27/76, *United Brands/Comisión*, Párrafo 65. “Que la posición dominante a la que se refiere el artículo 86 es la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores”. Esta definición se ha mantenido relativamente estable en la jurisprudencia comunitaria posterior. Véanse, a modo de ejemplo: Asunto T-30/89, *Hilti AG/Comisión*, párrafo 90; Asunto T-340/03, *France Télécom/Comisión*, párrafo 6.



De este modo, el tratamiento del concepto de *posición dominante* en el viejo continente asume al menos dos elementos esenciales: (i) la posibilidad que tiene la compañía en análisis de afectar a sus competidores mediante su exclusión o impidiendo su ingreso; o bien, (ii) la posibilidad de actuar en el mercado con independencia no sólo de sus competidores sino que también de sus clientes, por la vía de abstraerse a los equilibrios del mercado (v.gr., del precio de equilibrio competitivo), o, en otras palabras, de dictar tales equilibrios de mercado, en directo perjuicio de los consumidores.

Veremos que VTR no goza actualmente de ninguno de aquellos privilegios en el mercado de la televisión pagada, sino que, por el contrario, se encuentra sujeta a una intensa competencia que disciplina necesariamente cada uno de sus comportamientos comerciales. Como lo detallaremos *infra*, no es posible señalar que, en las condiciones actuales del mercado de la televisión pagada, VTR pueda actuar a su arbitrio con independencia de sus competidores, o bien fijar el precio o la calidad de sus productos y servicios sin consideración a los equilibrios de mercado y sin sufrir consecuencias competitivas por ello, en desmedro de los consumidores. Ello explica que no se justifique seguir manteniéndola sometida a *condiciones asimétricas* fijadas hace quince años, en las que sólo correspondería persistir respecto de quien, junto a otras condiciones adicionales, cuente todavía hoy con una *posición de dominio*.

Siguiendo con este análisis en forma más detallada, las Orientaciones de la Comisión entregan lineamientos a ser seguidos para constatar la presencia de un actor con *posición dominante*. Indican que se deben analizar al efecto al menos los siguientes tres factores:

a) *Posición de mercado de la empresa en cuestión y de sus competidores*

Una primera aproximación para establecer si una empresa tiene *dominancia* en un mercado se obtiene de su participación en él. De este modo, las Orientaciones de la Comisión establecen la improbabilidad de una *posición dominante* si la empresa en análisis cuenta con una cuota de participación inferior al 40% en el mercado relevante y, más aún, si la misma ha sido decreciente en el tiempo:

“Las cuotas de mercado proporcionan una primera indicación útil para la Comisión en lo que respecta a la estructura del mercado y a la importancia relativa de las distintas empresas activas en el mercado”<sup>75</sup>.

“La Comisión considera que unas cuotas de mercado bajas son generalmente un buen indicio de una falta de poder de mercado importante. Según la experiencia de la Comisión, no es probable que haya dominación si la cuota de mercado de la empresa en el mercado de referencia es inferior a 40%”<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Comunicación 2009/C45/02 de la Comisión, Orientaciones sobre prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, párrafo 13.

<sup>76</sup> *Ibid.*, párrafo 14.



“La experiencia sugiere que cuanto mayor es la cuota de mercado y cuanto mayor es el periodo de tiempo durante el cual se tiene dicha cuota, más probable es que constituya un indicio preliminar importante de la existencia de una posición dominante”<sup>77</sup>.

Así, si bien la participación del agente económico en el mercado no es un elemento definitorio, es de todos modos un indicio muy relevante. Normalmente, una empresa con menos del 40% de cuota de mercado no se estima dominante. Para que pueda determinarse que una empresa tenga una *posición dominante* en un mercado con una participación cercana al 40%, tendrían que concurrir una serie de otras circunstancias concretas que así lo determinaran, las que serían en cualquier caso excepcionales<sup>78</sup>. Tales circunstancias ocurrieron, por ejemplo, en el caso *British Airways*, oportunidad en la que se condenó a una empresa que mantenía el 39,7% del mercado, pero teniendo en consideración que sus otros cinco competidores más cercanos tenían una participación cercana al 6%, es decir, se encontraban a una gran diferencia respecto de la firma que fue considerada como *dominante*. Asimismo, se tuvieron presentes las características propias de dicha empresa, como sus operaciones de red, que le permitían participar de un mercado más amplio que sus competidores y con mayor frecuencia que ellos; y su condición de socio comercial obligatorio de los otros actores del mercado. En virtud de la suma de estos elementos excepcionales fue que se consideró que *British Airways* tenía una *posición dominante*, a pesar de que su participación en el mercado estuviera marginalmente bajo el umbral del 40%<sup>79</sup>.

Comentando este caso, las profesoras Alison Jones y Brenda Sufrin han señalado que:

“Es importante saber cuál es la participación de mercado mínima con la que una empresa es susceptible de ser considerada como dominante. El rango crucial es 40-50 por ciento, ya que sobre ello la dominancia se presume, y por debajo la dominancia es improbable aunque no imposible. Mientras menor sea la participación de mercado de la empresa, mayor importancia adquieren otros factores que indican dominancia. La menor participación de mercado en base a la cual una empresa ha sido considerada como dominante para los propósitos del artículo 102, es 39,7 por ciento en *British Airways*”<sup>80</sup>.

Esta mirada es, por lo demás, compartida por la doctrina americana. En este sentido, el profesor Louis Kaplow ha afirmado que:

“El concepto de monopolio denota control por solo una parte, sugiriendo una participación de mercado del 100%. No siendo exclusivamente literal (y tal vez también porque el estatuto se refiere a monopolización, no monopolio per se), una participación

<sup>77</sup> *Ibid.*, párrafo 15.

<sup>78</sup> Beneyto, José María y Maílo, Jerónimo. *Tratado de Derecho de la competencia*, Unión europea y España, 2ª Edición, Tomo I, ed. Wolters Kluwer, Barcelona, p. 450.

<sup>79</sup> Asunto C-T-219/1999, *British Airways c. Comisión*, de 17 de diciembre de 2003, párrafos 210 a 219.

<sup>80</sup> Jones, Alison y Sufrin, Brenda. *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*. Oxford University Press, Fifth Edition (2014), pp. 340 y 341 (traducción libre del original: “It is important to know the minimum market share at which an undertaking is likely to be found to be dominant. The crucial range is 40-50 per cent for above that there is a presumption of dominance and below that dominance is unlikely thought possible. The lower the market share of the undertaking the greater the significance which attaches to the other factors indicating dominance. The lowest share at which an undertaking has been found dominant for the purposes of article 102 is 39.7 per cent in *British Airways*”).



de mercado de 90% [...] parece suficientemente cerca. Por contraste, una participación del 33% parece muy lejos de ello. Participaciones del 60% o 64% aparecen como dudosas en los estándares ordinarios”<sup>81</sup>.

Asimismo, es necesario aclarar que una alta participación de mercado tampoco determina necesariamente la existencia de una *posición dominante*. Un ejemplo claro de ello es el caso *Bacardí* en España. Esta compañía tenía un 70% de participación en el mercado relevante, sin embargo, no existían indicios de comportamientos independientes por parte de ella, no había factores estructurales o de situaciones de competencia anómalas (excepto la cuota), ni barreras a la entrada que justificaran la existencia de una *posición dominante*. En el caso en comento, se desestimó la idea de que Bacardí tuviera una *posición de dominio*, lo que se pudo reafirmar años después de la decisión, en que su cuota de mercado había descendido por debajo del 35%<sup>82</sup>.

A modo de conclusión preliminar, en lo que interesa a este caso, una baja participación de mercado (entendida como inferior al 40%) es indicativa en general de la ausencia de una *posición de dominio*.

<sup>81</sup> Kaplow, Louis. *Market Share Thresholds: on the conflation of empirical assessments and legal policy judgments*. Harvard Law and Economics, Discussion Paper N°692 (2011), p. 25. (traducción libre del original: “*Monopoly denotes control by one party, suggesting a market share of 100%. Not being overly literal (and perhaps also because the statute speaks of monopolization, not monopoly per se), a market share of 90% seemed [...] as close enough. A share of 33% by contrast, feels way off the mark. Shares of 60% or 64% appear doubtful by this ordinary language standard*”). En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos estableció que “[e]s dudoso que un 60% o 64% sea suficiente [para considerar que una empresa tenga poder de mercado]; y ciertamente un 33% no lo es”. *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F.2d 416, 424 (2d Cir. 1945) (traducción libre del original: “*it is doubtful whether sixty or sixty-four percent would be enough; and certainly thirty-three is not*”). Finalmente, para Thomas Klotz, “[l]as Cortes establecieron, y tradicionalmente han utilizado, el requisito de poder de dominio como un elemento para descartar infracciones a un bajo costo y esfuerzo. Este criterio provee de certidumbre a las firmas a la hora de contemplar sus estrategias de negocio. Con el mismo objetivo, este artículo sugiere como una presunción el hecho de que una firma que posee menos del 50% de participación en un mercado relevante definido apropiadamente carece de poder monopolístico” Klotz, Thomas. *Monopoly Power: use, proof and relationship to anticompetitive effects in section 2 cases*. Working Paper, 2008, p. 42 (traducción libre del original: “*Courts established, and traditionally have used, the monopoly power element as a screen to dispose of meritless cases with minimum cost or effort. Such a screen provides valuable guidance to firms contemplating business strategies. In keeping with this objective, this paper suggests a rebuttable presumption that a firm with less than a 50 percent market share in a properly defined relevant market lacks monopoly power*”).

<sup>82</sup> Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia español en el asunto Bacardí. Expediente R 362/1999, Bacardí, de 30 de septiembre de 1999. Resolución disponible en [https://www.cnmec.es/sites/default/files/74773\\_7.pdf](https://www.cnmec.es/sites/default/files/74773_7.pdf) [última visita: 13 de agosto de 2019]. En este caso se investigó la denuncia en contra de Bacardí y Cia. S.A. por una supuesta conducta abusiva y desleal consistente en utilizar publicidad presuntamente engañosa para confundir a los consumidores sobre el origen del ron Bacardí con el fin de dificultar la penetración en el mercado de uno de sus principales competidores, el ron Havana Club. La denuncia fue desechada tanto por el Servicio de Defensa de la Competencia como por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Al respecto en el N°5 de los Fundamentos de Derecho, la Resolución del Tribunal de la Defensa de la Competencia español estableció que: “[l]a cuestión decisiva es que, [...] el tener alrededor de un 70 por ciento de la cuota de mercado, como ostenta Bacardí en el mercado español, no constituye base suficiente para atribuir a esta marca una posición de dominio, porque la cuota de mercado no es en el presente expediente factor que determine una posición dominante”. Continúa en el N°7 estableciendo que: “[u]na elevada cuota de mercado de una empresa no determina necesariamente una posición de dominio para la misma. Es únicamente un factor que sólo con el concurso de otros puede procurar tal posición dominante. En el presente caso, una cuota de mercado tan elevada como la que ostenta Ron Bacardí en el mercado español llama la atención y obliga a esmerar la investigación para averiguar si hay una posición de dominio, pero no puede servir para declarar ésta sin más”. Se concluye este análisis en el N°9, señalando que: “[e]s de resaltar que en ninguno de los citados factores de la estructura de la empresa y de la situación competencial del mercado, la posición de la denunciada es hegemónica, salvo en el referente a su cuota de mercado”.



Por ello, no es de extrañar que, en Chile, la Excma. Corte Suprema haya reconocido la importancia de analizar factores adicionales (por ejemplo, la existencia de otros competidores relevantes en el mercado de que se trate) a la hora de evaluar si una firma con una participación de alrededor de un 40% tiene o no una *posición de dominio*:

“OCTAVO: Que esclarecido lo anterior procede examinar el segundo aspecto definido en el fundamento sexto que antecede, esto es, la efectividad de que la demandada ostenta, en el mercado relevante definido previamente, una posición dominante o poder de mercado [...] En efecto, si bien Telefónica Móviles Chile S.A. presenta una alta cuota de mercado, que excede levemente del 39%, es lo cierto que se enfrenta a dos competidores que, individualmente considerados, registran participaciones de un 36% y de un 22% del mismo mercado, esto es, cercanas en conjunto al 60% del mercado de que se trata, constatación de la que se sigue que las decisiones de la demandada en este ámbito podrían estar disciplinadas cuando menos por uno de sus competidores”<sup>83</sup>.

Acertadamente, en este último caso, el máximo tribunal concluyó que no era posible atribuir *dominancia* a una firma que, teniendo una participación bajo el 40%, era seguida de cerca por dos competidores relevantes que la presionaban competitivamente y que, por lo mismo, hacían inverosímil una hipótesis de comportamiento independiente.

Lo anterior es, por último, plenamente consistente con los precedentes de sentencias condenatorias de este H. Tribunal y la Excma. Corte Suprema en casos de abusos unilaterales de posición dominante desde el 2004 a la fecha. En efecto, según se puede revisar en el archivo Excel “Tabla sentencias abuso de posición dominante. (v. final)”<sup>84</sup> que se acompaña en el segundo otrosí, en el período indicado, la firma condenada por abuso de posición dominante con menor participación de mercado fue la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. con un 41,6% (año 2007) y 45,7% (año 2008)<sup>85</sup>. De hecho, la gran mayoría de las condenas se refiere a empresas con más de un 60% de participación de mercado -como Lan Airlines S.A y Lan Cargo S.A.<sup>86</sup>-, llegándose al extremo de firmas con más de un 90% de participación -como la Compañía Chilena de Tabacos S.A.<sup>87</sup>- o de monopolios -como SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A. Sociedad Concesionaria<sup>88</sup> o Empresa de Electricidad de Magallanes S.A.<sup>89</sup>-.

<sup>83</sup> Corte Suprema. Sentencia de fecha 8 de enero de 2018, pronunciada en los autos Rol 58.909-2016, Considerando Octavo.

<sup>84</sup> Para el análisis contenido en el archivo Excel “Tabla sentencias abuso de posición dominante. (v. final)”, no se consideraron los casos de abusos de posición dominante conjunta fallados entre el 2004 y el 2019, ni tampoco los casos de incumplimiento infraccional de medidas de mitigación u órdenes impuestas por el H. Tribunal o la Excma. Corte Suprema. Asimismo, se hace presente que, como se puede observar en el citado archivo, en muchos casos de condena por abuso de posición dominante las sentencias no explicitan el porcentaje exacto de participación de mercado del condenado, sino que invocan conceptos como “*empresa monopólica*” o “*monopolio natura*”, o simplemente nada dicen al respecto.

<sup>85</sup> H. Tribunal. Sentencia N°97/2010, confirmada posteriormente por la Excma. Corte Suprema mediante resolución de fecha 14 de enero de 2011 en los autos Rol N°2140-2010.

<sup>86</sup> H. Tribunal. Sentencia N°55/2007, confirmada posteriormente por la Excma. Corte Suprema mediante resolución de fecha 10 de octubre de 2007 en los autos Rol N°3732-2007.

<sup>87</sup> H. Tribunal. Sentencia N°115/2011, confirmada posteriormente por la Excma. Corte Suprema mediante resolución de fecha 4 de diciembre de 2012 en los autos Rol N°11968-2012.

<sup>88</sup> H. Tribunal. Sentencia N°75/2008, confirmada posteriormente por la Excma. Corte Suprema mediante resolución de fecha 28 de enero de 2009 en los autos Rol N°6545-2008.

<sup>89</sup> H. Tribunal. Sentencia N°73/2008, confirmada posteriormente por la Excma. Corte Suprema mediante resolución de fecha 26 de noviembre de 2008 en los autos Rol N°5505-2008.



Por ende, es claro que participaciones de mercado claramente bajo el 40% no pueden, razonablemente, ser consideradas aptas para configurar una *posición dominante*.

b) Posibilidad de entrada o expansión de competidores

Las Orientaciones de la Comisión establecen como segundo factor a considerar la plausibilidad de la entrada, o de la amenaza de entrada, de competidores potenciales o de ampliaciones en la oferta o producción de los competidores actuales. En ese sentido:

“[...] es pertinente el impacto potencial de la expansión de los competidores existentes o la entrada de competidores potenciales, incluida la amenaza de tal expansión o entrada. Si la expansión es probable, tempestiva y suficiente, la empresa puede verse disuadida de incrementar los precios. Para que la Comisión considere que la expansión o la entrada es probable, debe ser suficientemente rentable para el competidor [...]. Para que [...] se considere tempestiva, debe ser suficientemente rápida para disuadir o impedir el ejercicio de un poder de mercado sustancial. Para que [...] sea considerada suficiente [...] debe ser de una magnitud capaz de disuadir de cualquier intento de incrementar los precios por parte de la empresa presuntamente dominante en el mercado de referencia”<sup>90</sup>.

A este respecto, considerando el evidente ingreso y expansión de actores al mercado de la televisión pagada en los últimos años, lo que ha llevado a VTR a rebajar su cuota de mercado en más de cincuenta puntos porcentuales, se ha hecho evidente que no existen barreras a la entrada o limitaciones insuperables a la expansión en dicho mercado. Asimismo, el desarrollo tecnológico a través de, por ejemplo, la penetración creciente de plataformas OTT o de televisión por protocolo de internet (“IPTV”), ha profundizado en los últimos años esa disciplina competitiva.

Lo mismo se puede predicar de sus mercados conexos. Tanto es así, que en los últimos quince años han ingresado a los distintos mercados de telecomunicaciones nuevos actores que han disciplinado a los *incumbentes* históricos, desafiando la *dominancia* que pudo haber existido en su minuto, así como también distintas tecnologías antes divergentes han pasado a ser sustitutos eficaces entre sí. Ejemplo evidente de lo anterior es lo que ha sucedido con la telefonía fija local, la cual históricamente había sido considerada como una tecnología no desafiada por la telefonía móvil, siendo ello declarado así por los predecesores del H. Tribunal y el mismo H. Tribunal hasta 2005<sup>91</sup>. El cambio se produjo en 2009, en virtud del Informe N°2 del H.

<sup>90</sup> Comunicación 2009/C45/02 de la Comisión. Op. Cit., Apartado 16.

<sup>91</sup> Véase la Resolución N°306, del 17 de enero de 1989, pronunciada por la H. Comisión Resolutiva: “[...] lo cierto es que la telefonía móvil celular es una forma diferente de prestar el servicio telefónico, con características propias que lo diferencian de la telefonía fija o estacionaria [local] [...] la telefonía celular está orientada al uso individual del abonado y, en cambio, la telefonía estacionaria lo está al uso colectivo de varias personas [...] Tratándose, entonces, de dos modalidades diferentes de prestación de servicios telefónicos, no puede estimarse que la telefonía celular sea un sustituto de la telefonía estacionaria, aún cuando ambas sirvan para satisfacer una necesidad última y general de comunicación entre dos personas. Por ello, no se ve inconveniente desde el punto de vista de la libre competencia, para que una misma empresa pueda prestar ambos servicios”. El criterio mencionado se mantuvo con posterioridad, por medio de la Resolución N°483, de 15 de abril de 1997, pronunciada por la H. Comisión Resolutiva, que dispuso que “[...] la telefonía fija y la móvil son servicios diferentes que no compiten entre sí, destinadas a satisfacer necesidades distintas y específicas de los usuarios”; asimismo, por la Resolución N°686, de 20 de mayo de 2003, de la H. Comisión Resolutiva, que mantuvo la necesidad de fijación tarifaria respecto del



Tribunal, en que éste reconoció el efecto ya *disciplinador* que a esa fecha ya imponía, en calidad de sustituto más eficaz, la telefonía móvil<sup>92</sup>.

“Así, la pequeña diferencia en precios, junto con la superioridad del servicio que, en términos generales, ofrece la telefonía móvil, lleva a este Tribunal a concluir que el teléfono móvil disciplina en parte importante el comportamiento competitivo de la telefonía fija y probablemente lo hará más en los próximos años [...]”.

“[E]s un hecho que el acceso a internet debiera crecer cada vez más y con ello, la posibilidad que estas nuevas tecnologías de telecomunicaciones aumenten su participación de mercado y pueda disciplinar a las empresas dominantes de telefonía fija”<sup>93</sup>.

Es importante destacar que, en el caso en comento, el H. Tribunal entendió que subsistían empresas con altas participaciones de mercado (con un 64,5% de promedio nacional para la entonces CTC<sup>94</sup>) y con *posiciones* declaradas como *dominantes*<sup>95</sup> las que, sin embargo, el H. Tribunal estimó habían pasado a ser *desafiables* atendido el rol protagónico que había alcanzado la telefonía móvil.

Con mayor razón un análisis de este tipo es aplicable al mercado relevante de la televisión pagada donde VTR y sus competidores no cuentan con *posiciones de dominio*. A este mismo

---

mercado del servicio público telefónico local, estimándolo como un mercado diferente en el cual subsistía una *posición dominante* de la entonces CTC; y la Resolución N°2/2005, por medio de la cual el H. Tribunal declaró en su considerando 1.1 (“*Mercado relevante de producto*”) que: “*Las características propias de la telefonía local residencial o comercial, asociadas a un lugar físico y a una red que lleva y trae tráfico de comunicaciones a ese punto, no son comparables con la telefonía móvil y permiten separar ambos mercados para los efectos del presente análisis*”.

<sup>92</sup> H. Tribunal. Informe N°2/2009, Considerandos 1°, 2°, 37° y 40°: “*Los cambios tecnológicos han introducido un grado no despreciable de competencia en el sector de las telecomunicaciones, antes absolutamente monopólico, y han llevado a los organismos de defensa de la libre competencia y a los reguladores sectoriales a adoptar un camino gradual de liberalización*”. “*Que, desde el último proceso de regulación tarifaria, en los años 2003 y 2004, ha aumentado la competencia entre redes, consistente en un aumento moderado en la penetración de redes fijas alternativas a las de la empresa con presencia dominante, y en un crecimiento explosivo en la penetración de la telefonía móvil*”. “[S]e ha producido y se está produciendo cada vez con más fuerza, el fenómeno de la denominada ‘*Convergencia Tecnológica*’, que consiste en que hoy existen diversas tecnologías que pueden prestar servicios cada vez más similares. Asimismo, una misma tecnología permite prestar diversos servicios, lo que hace complejo el análisis de mercado”.

“*[E]s posible decir que actualmente se observa un proceso de competencia entre redes (fijas –alámbricas, de cable coaxial, fibra óptica, etc. o inalámbricas, WLL y Wimax– y móviles), que si bien mantienen algunas diferencias, están convergiendo hacia servicios cada vez más parecidos y con precios más cercanos. Asimismo existe competencia entre los diversos servicios que se presten a través de una misma red, por distintas empresas. Ambas formas de competencia se analizan en esta resolución, pues inciden en el grado de competencia y desafiabilidad de las empresas consideradas como dominantes en el mercado de la telefonía fija*”.

“*Así, la pequeña diferencia en precios, junto con la superioridad del servicio que, en términos generales, ofrece la telefonía móvil, lleva a este Tribunal a concluir que el teléfono móvil disciplina en parte importante el comportamiento competitivo de la telefonía fija y probablemente lo hará más en los próximos años [...]*”.

“*[E]s un hecho que el acceso a internet debiera crecer cada vez más y con ello, la posibilidad que estas nuevas tecnologías de telecomunicaciones aumenten su participación de mercado y pueda disciplinar a las empresas dominantes de telefonía fija*”.

<sup>93</sup> H. Tribunal. Informe N°2/2009, Considerandos 105° y 121°.

<sup>94</sup> H. Tribunal. Informe N°2/2009, Considerando 55, Tabla N°2.

<sup>95</sup> H. Tribunal. Informe N°2/2009, Considerandos 122 y 123: “*En conclusión, y considerando el análisis de mercado expuesto, este Tribunal ha llegado a la convicción que la empresa Telefónica CTC, Telsur, Telcoy y Entelphone aún tienen una posición dominante en los mercados identificados en la Res. N°686. [...] No obstante, bajo las actuales condiciones de mercado, por todas las razones antes indicadas, no se hace imprescindible la regulación de tarifas máximas al cargo por conexión telefónica, al cargo fijo, servicio local medido (SLM) y servicio de teléfonos públicos*”.



respecto, un signo propio de la existencia de barreras a la entrada es la persistencia en el tiempo de altas cuotas de participación<sup>96</sup>. *A contrario sensu*, la disminución consistente de aquellas cuotas de mercado ha de interpretarse necesariamente como una señal de la ausencia de tales obstáculos a la entrada y a la expansión, como es el caso claro de este mercado, según se verá.

En este punto, adquiere relevancia el concepto de *eficiencia dinámica* aplicado por H. Tribunal al momento de autorizar la Fusión. El H. Tribunal acertó adecuadamente su análisis prospectivo acerca de la evolución del mercado de la televisión pagada, entendiendo que la *posición de dominio* que se configuraría a partir de la alta concentración alcanzada en dicho mercado en el momento posterior a la Fusión, desaparecería en el mediano plazo ante la ausencia de barreras a la entrada o, dicho de otra manera, ante la posibilidad cierta de entrada de nuevos actores y del desarrollo de una tecnología competitiva a la de HFC, como es la tecnología satelital. Así, efectivamente, sucedió, y con creces.

c) Poder de negociación de los clientes o proveedores de la empresa bajo análisis

Finalmente, las Orientaciones de la Comisión establecen que un último criterio útil para determinar si una compañía ejerce o no *dominancia* en un determinado mercado, es la existencia de un alto o bajo poder de negociación de las contrapartes de la compañía en estudio. En ese sentido, las Orientaciones de la Comisión señalan:

“Es posible que incluso una empresa que tenga una alta cuota de mercado no esté en condiciones de actuar con un grado apreciable de independencia frente a clientes que cuenten con la suficiente capacidad de negociación”<sup>97</sup>.

Este último criterio viene a ratificar que VTR tampoco posee una *posición dominante* en el mercado de la televisión pagada. Primero, porque dada su cuota de mercado, no tiene un poder incontrarrestable de negociación respecto de ninguna contraparte. Luego, porque todos sus proveedores cuentan con suficientes alternativas de mercado para ofrecer sus productos y servicios, los que, de ser atractivos para los consumidores finales, serán contratados por la Compañía para mantener una necesaria competitividad frente a los demás oferentes del mercado (e incluso los OTT) que también compiten por mantener los contenidos más valorados por los usuarios. Y, por último, porque en realidad son los grandes grupos proveedores de contenido quienes ejercen poder de negociación contra VTR. Todo lo dicho se analiza en detalle *infra*.

III.2.2. VTR no cumple con ninguno de los lineamientos o criterios establecidos por la doctrina y jurisprudencia para ser considerado como *dominante* en el mercado de la televisión pagada

<sup>96</sup> Comunicación 2009/C45/02 de la Comisión. Op. Cit., Apartado 17: “Unas altas cuotas de mercado persistentes pueden ser señal de la existencia de obstáculos a la entrada y a la expansión”.  
<sup>97</sup> Ibid. Apartado 18.



a) Desde el 2004 a la fecha, VTR ha perdido un porcentaje muy sustancial de su cuota o participación de mercado

La evolución de las cifras de participación de mercado de VTR y de los demás operadores de televisión pagada presentes en Chile, demuestra la fuerte competencia existente en dicho mercado y, además, el que VTR -ya parece evidente a estas alturas- no cuenta con una *posición dominante*.

Desde la época inmediatamente posterior a la Fusión, han entrado seis nuevos actores que ocupan una posición destacada en el mercado relevante, existiendo hoy 11 empresas que compiten fuertemente por la preferencia de los consumidores a lo largo del país: Directv Chile Televisión Limitada (“DirectTV”), Movistar, Claro Comunicaciones S.A. (“Claro”), Entel S.A. (“Entel”), GTD Manquehue S.A. (“GTD Manquehue”), Telefónica del Sur S.A. (“Telsur”)<sup>98</sup>, Pacífico Cable S.A., Tu Ves S.A., Chile TV Cable S.A., CMET S.A. y VTR.

Esta entrada ha sido rentable, entre otras razones, dada el notable aumento de suscriptores del servicio de televisión de pago, según se detalla en la subsección b.1 *infra*.

En lo que respecta a la evolución de la participación de mercado de VTR en este contexto de crecimiento y entrada de competidores, según información de Subtel a marzo de 2019, la participación de mercado de la Compañía calculada sobre la base del número total de suscriptores de televisión pagada alcanzaba una cifra claramente inferior al 40%, más específicamente, un 32,6%. Ello da cuenta de un fenómeno de sostenida e ininterrumpida pérdida de participación cuyo origen se remonta al año 2004 en que se aprobó la Fusión, momento en el que la Compañía concentraba el 88,4% de participación en este mercado.

Es decir, en estos quince años que han transcurrido desde la dictación de la Resolución N°1, VTR ha perdido nada más y nada menos que 55,8 puntos porcentuales de participación de mercado, lo que desde luego permite descartar cualquier posibilidad de *dominancia*.

Este fenómeno, naturalmente, es consecuencia del intenso dinamismo del mercado que ha sido capitalizado por sus competidores, varios de los cuales -como Movistar, Claro y DirecTV-, son grandes firmas multinacionales con gran capacidad financiera.

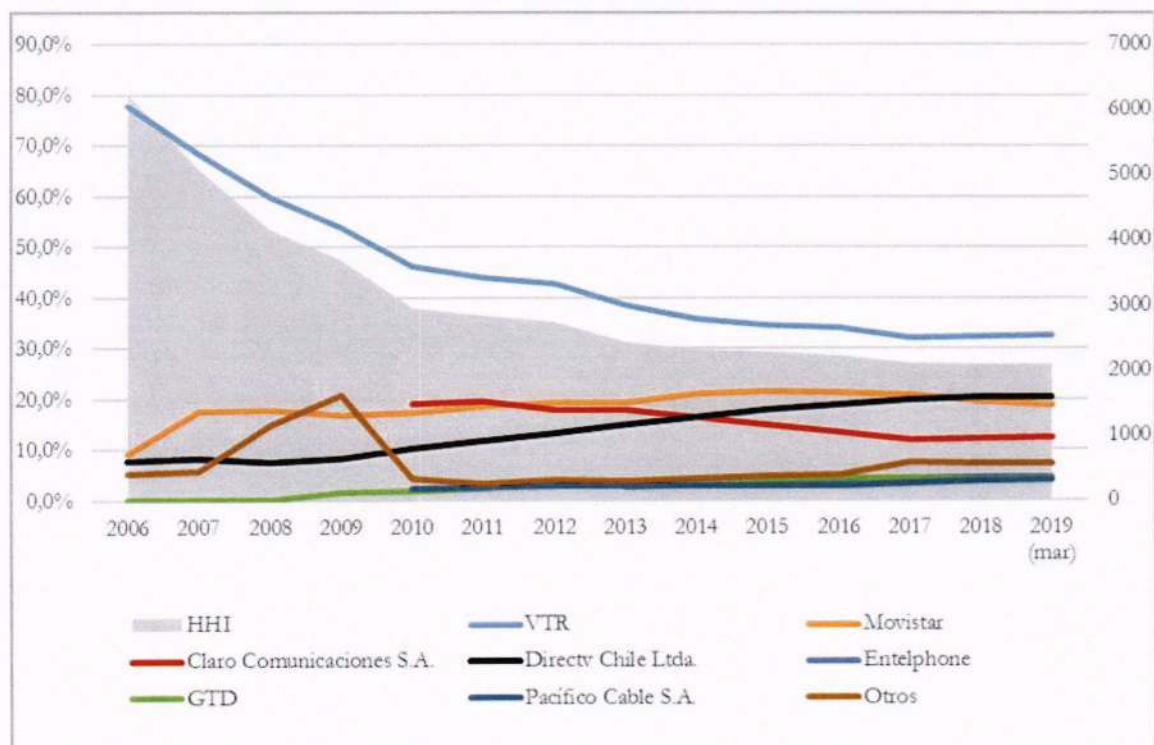
Los siguientes gráficos muestran la evolución y la situación actual del mercado relevante de la televisión pagada en Chile<sup>99</sup>, en cuanto a sus principales actores y sus participaciones:

<sup>98</sup> Desde 2010 Telsur y GTD Manquehue son parte de un mismo grupo empresarial: el Grupo GTD.

<sup>99</sup> Hacemos presente desde ya al H. Tribunal que estos datos son conservadores, pues no consideran el efecto *disciplinador* de las plataformas OTT.

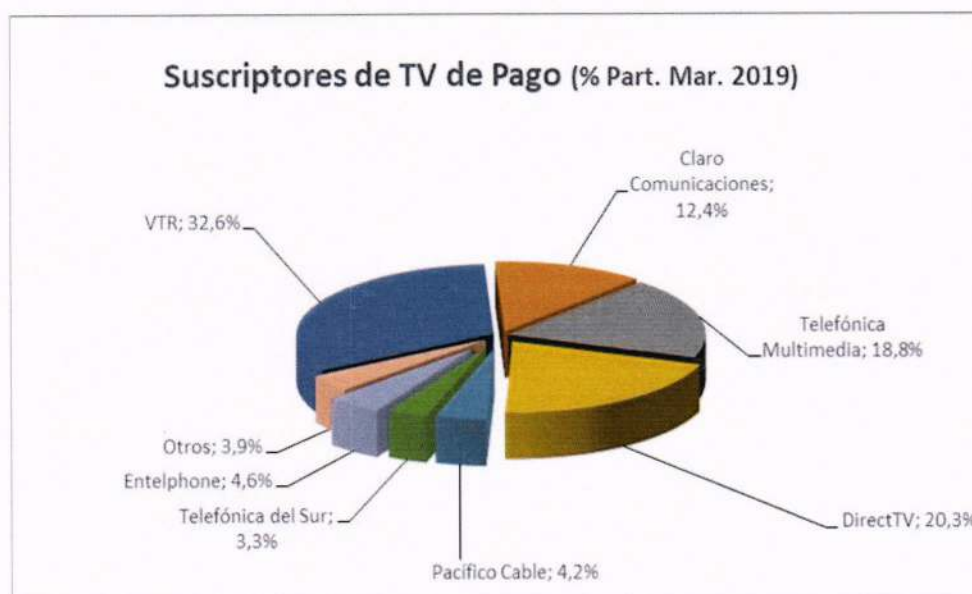


**Gráfico N°1**  
**Participaciones de mercado de las principales operadoras de televisión pagada (por número de suscriptores) y IHH de este mercado, entre los años 2006 y 2019**



Fuente: elaboración propia sobre la base de estadísticas de Subtel a marzo de 2019<sup>100</sup>.

**Gráfico N°2**  
**Participaciones de mercado en la televisión de pago (por número de suscriptores) a marzo de 2019**



Fuente: imagen extraída de las estadísticas de Subtel a marzo de 2019.

<sup>100</sup> La anomalía observada en la participación de "Otros" entre 2007 y 2009 se explica porque hasta el 2009, la empresa Telmex era considerada por Subtel como parte de "Otros". Sólo desde el 2010 empezó a ser considerada de forma independiente bajo su actual marca comercial, Claro.



Tabla N°1  
Participaciones de mercado en la televisión de pago, por tipo de conexión y número de suscriptores (a marzo de 2019)

| Operador       | Tipo de conexión | Participación a marzo de 2019 |
|----------------|------------------|-------------------------------|
| VTR            | Alámbrico        | 32,6%                         |
| Movistar       | Satelital        | 16,1%                         |
|                | Alámbrico        | 2,7%                          |
|                | Total            | 18,8%                         |
| Claro          | Satelital        | 7,1%                          |
|                | Alámbrico        | 5,3%                          |
|                | Total            | 12,4%                         |
| DirecTV        | Satelital        | 20,3%                         |
| Entel          | Satelital        | 4,1%                          |
|                | Alámbrico        | 0,5%                          |
|                | Total            | 4,6%                          |
| GTD            | Alámbrico        | 4,5%                          |
| Cable Pacífico | Alámbrico        | 4,2%                          |
| Otros          | Satelital        | 0,4%                          |
|                | Alámbrico        | 2,3%                          |
|                | Total            | 2,7%                          |

Fuente: elaboración propia sobre la base de estadísticas entregadas por Subtel a VTR.

Particularmente llamativo es el caso de DirecTV, empresa que opera únicamente utilizando tecnología satelital y que, a diferencia de otras empresas de telecomunicaciones, sólo ofrece servicios de televisión pagada. En efecto, DirecTV se ha transformado en el segundo actor del mercado relevante en análisis, con una participación de 20,3% a marzo de 2019, desplazando a Movistar a la tercera posición con un 18,8%, quien también utiliza principalmente tecnología satelital.

Habida cuenta de lo expuesto *supra*, los índices de concentración en el mercado de la televisión pagada han disminuido sostenidamente en el tiempo, dando cuenta de la inexistencia de cualquier *posición dominante* de parte de VTR.

En efecto, el nivel de concentración medido a través del IHH alcanzó en marzo de 2019 un valor inferior a 2.100 puntos según las cifras de Subtel, lo que muestra una disminución superior a los 5.600 puntos desde los 7.729 puntos alcanzados después de la Fusión, convirtiéndose en un mercado “moderadamente concentrado”<sup>101</sup> según la FNE.

En resumen, el hecho de que existan competidores muy fuertes de la talla de DirecTV, Movistar, Claro y otros competidores con presencia nacional, sumado a que VTR mantiene

<sup>101</sup> FNE. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración, octubre 2012, p. 13.



desde agosto de 2013 una cuota de participación muy inferior al 40% -a marzo de 2019, ésta era del 32,6%-, y que nos encontramos frente a un mercado *moderadamente concentrado*, son pruebas contundentes de que la Compañía carece de *dominancia* en el mercado de la televisión pagada. Se ubica en cualquier escenario, por lo demás, bajo el umbral mínimo para poder darla por acreditada y que, como ya se explicó *supra*, la doctrina y la jurisprudencia han establecido en un 40-50% de participación de mercado, y ello en ausencia de competidores relevantes que presionen competitivamente a la firma líder (contrariamente a lo que sucede en este caso en que tales competidores existen con relevancia).

En consecuencia, el análisis de este primer criterio o lineamiento sobre la evolución de la posición de mercado de VTR en la televisión de pago es claro en descartar la existencia de una *posición dominante*. Esto se ve plenamente confirmado por los antecedentes adicionales sobre inexistencia de barreras a la entrada y la presencia de contrapartes poderosas *aguas arriba*, según se pasa a explicar a continuación.

b) *Entrada y expansión de competidores en el mercado de la televisión pagada*

b.1 *En los últimos años ha existido un fuerte aumento en la penetración de la televisión pagada debido al incremento de la cantidad de empresas proveedoras y la ampliación de las opciones tecnológicas*

En efecto, según cifras de Subtel, el mercado de la televisión pagada ha experimentado un importante aumento en sus usuarios a nivel nacional, pasando de 1.026.667 suscriptores en diciembre de 2006 a 3.314.287 en marzo de 2019 -es decir, más que triplicándose-. Ello da cuenta de un dinamismo que refuerza el atractivo del mercado para los distintos competidores, con su consecuencia lógica en el nivel de competencia observado.

Para entender este dinamismo en comparación al crecimiento de la población, es útil revisar el índice de penetración de la televisión pagada, que se puede medir de dos formas: en habitantes y hogares. En cuanto al índice de penetración de suscriptores, mientras en diciembre de 2006 (fecha a partir de la cual contamos con esa información) dicho índice correspondía a un 6,22 por cada 100 habitantes, a marzo de 2019 dicha penetración alcanzó un 17,43 por cada 100 habitantes. Es decir, y al igual que con el número de suscriptores, en un período de 12 años, el índice de penetración prácticamente se triplicó.



**Gráfico N°3**  
**Evolución de suscriptores de televisión pagada**



Fuente: elaboración propia sobre la base de estadísticas de Subtel a marzo de 2019.

En cuanto al segundo índice, esto es, la penetración de la televisión pagada en hogares, éste aumenta desde un 21,1% en mayo del año 2006<sup>102</sup> hasta un 57,2% en marzo del año 2019<sup>103</sup>. La diferencia en magnitud de ambos indicadores se debe a que la televisión pagada es un servicio fijo. Por lo mismo, la penetración por hogar es una medición más apropiada para entender la expansión del servicio en el país. Sin embargo, Subtel proporciona la serie completa de datos sólo para la penetración por número de habitantes, por lo que para entender la dinámica del índice en el período completo, se presentan ambas mediciones.

Y si bien en el último año se observa lo que parece ser un quiebre en la tendencia al alza en el número total de suscriptores (y, por consiguiente, del índice de penetración por cada 100 habitantes), a juicio de VTR ello obedecería al fuerte auge que han tenido las plataformas de contenido *streaming* vía internet u OTT en Chile, al punto que han empezado a competir mano a mano con la televisión pagada tradicional por la preferencia de los televidentes, lo que se denomina como el fenómeno del *cord cutting* -cancelación de las suscripciones tradicionales para reemplazarlas por estos nuevos servicios *on-line*- y que sólo viene a abonar el argumento acerca de la mayor *desafiabilidad* que enfrentan los operadores de televisión de pago, sea que utilicen la tecnología HFC o satelital.

b.2 *El sostenido incremento de accesos satelitales ha derivado en una equiparación de dicha tecnología con los accesos alámbricos o por cable*

A lo anterior se agrega el importante crecimiento de los accesos satelitales -utilizados por empresas como DirecTV, Movistar, Claro y Entel-, tecnología que al menos desde fines del año 2013 se encuentra prácticamente equiparada en cuanto a presencia en los hogares de los

<sup>102</sup> Estadística de Subtel disponible en: <https://www.subtel.gob.cl/graficos/> [última visita: 13 de agosto de 2019].

<sup>103</sup> "Informe Trimestral del Sector Telecomunicaciones – Primer Trimestre 2019" de Subtel.

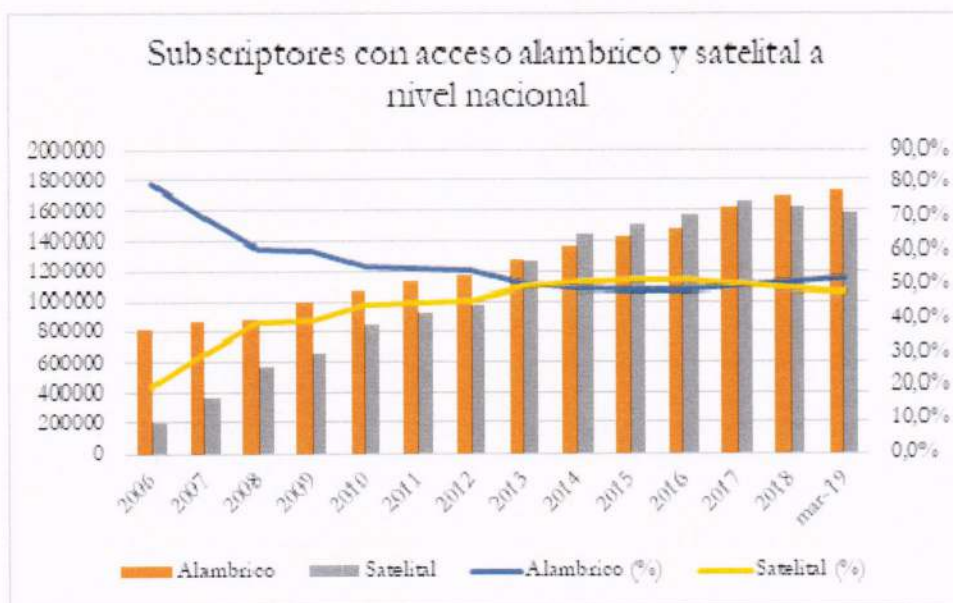


clientes de televisión pagada, en desmedro de los accesos alámbricos o por cable utilizados por VTR y otras compañías -incluso, en varios momentos, el acceso inalámbrico ha superado a su alternativa en número de suscriptores-.

En efecto, según las estadísticas de Subtel, a marzo de 2019, el 47,9% del total de accesos era satelital, mientras que un 52,1% era alámbrico. Esto marca una llamativa diferencia en relación con la realidad de la televisión satelital antes de la Fusión, donde los accesos satelitales representaban sólo un 8,15%<sup>104</sup>.

El detalle de la evolución en los últimos años de los accesos por tipo de tecnología se observa en el siguiente gráfico:

**Gráfico N°4**  
**Suscriptores, penetración y accesos satelitales en el mercado de la televisión pagada**



Fuente: elaboración propia sobre la base de estadísticas de Subtel a marzo de 2019.

Debido a la facilidad de su introducción en nuevas zonas geográficas, a su ubicuidad y a su menor costo de despliegue, los accesos satelitales permitieron, en los hechos, que operadores satelitales internacionales como DirecTV crecieran de manera muy importante en número de suscriptores en los últimos años -al punto que, como hemos visto, DirecTV se ha transformado en el segundo actor del mercado-.

Estas cifras confirman lo certera que fue la proyección del H. Tribunal en el año 2004, en cuanto a la plena sustitución que alcanzaría en el mediano plazo la tecnología satelital con la alámbrica. En esa oportunidad, el H. Tribunal analizó las potencialidades de la televisión satelital y expuso las razones para considerarla un sustituto -a la fecha de la Fusión, con

<sup>104</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, p. 10. Por su parte, de acuerdo con las estadísticas oficiales de Subtel, a diciembre de 2006 representaban un 20%.



características imperfectas- para la televisión por cable, principalmente atendido su nivel de penetración y condiciones comerciales de la época<sup>105</sup>.

En la actualidad, así, la sustitución entre la tecnología HFC/Fibra Óptica y la tecnología satelital ha pasado a ser perfecta. Lo anterior se sustenta en el crecimiento que han tenido los operadores satelitales en los últimos años. Es importante destacar que este crecimiento ha sido a lo largo de todo el país y no sólo en zonas donde VTR no tiene capacidad para operar. En efecto, la mayoría de los suscriptores de los operadores satelitales se encuentran en comunas donde VTR opera en la actualidad (que representan el 77% de los suscriptores nacionales), como se puede observar a continuación:

**Tabla N°2**  
**Porcentaje de suscriptores por competidor en comunas cubiertas por la red de VTR, a marzo de 2019**

| Operador  | Movistar | Claro | DirecTV | Entel | Otros |
|---|----------|-------|---------|-------|-------|
| Proporción de suscriptores en comunas cubiertas por la red de VTR sobre el total de cada operador | 87,6%    | 30%   | 54,7%   | 70,8% | 54,9% |

Fuente: elaboración propia sobre la base de estadísticas entregadas por Subtel a VTR.

*b.3 Los bajos costos de cambio para los consumidores de servicios de televisión pagada confirman la conclusión de que VTR hoy carece de una posición dominante en dicho mercado relevante*

Con la finalidad de comprobar empíricamente esta afirmación, esta parte solicitó hace pocos años un estudio de mercado titulado “*Informe de Resultados: Estudio de Televisión Pagada*”, elaborado y suscrito por el profesor Juan Carlos Oyanedel<sup>106</sup>, gerente general de la empresa Metalógica SpA, empresa de investigación especializada en estadísticas sociales (“*Informe Metalógica*”).

A partir de una encuesta hecha al efecto, el Informe Metalógica permite descartar -desde la mirada de los propios consumidores del servicio- la existencia de costos de cambio relevantes en el mercado de la televisión pagada.

Para arribar a esta conclusión, el Informe Metalógica realizó una encuesta de caracterización de consumidores y movilidad del mercado de la televisión pagada, que fue aplicada en los hogares de 803 usuarios del servicio, domiciliados en las regiones de Antofagasta, Bío-Bío y Metropolitana.

<sup>105</sup> Cabe mencionar que el H. Tribunal asignó especial importancia a la evolución de la televisión satelital, al punto que estableció una medida específica para su protección, la Condición Primera, que buscaba fomentar el crecimiento de esta tecnología de la mano de nuevos agentes económicos.

<sup>106</sup> El señor Juan Carlos Oyanedel es Doctor en Derecho por la Universidad King's College London, Máster en Educación y Ciencias Sociales por la Universidad Autónoma de Barcelona y sociólogo de la Universidad de Chile, además de ser Profesor Asociado de Políticas Públicas de la Universidad Andrés Bello.



Es importante mencionar que la proporción de encuestados que declaró a VTR como su actual proveedor de servicios de televisión pagada es mayor a la participación de VTR en el mercado nacional (59% de los encuestados en comparación a la participación de 32,6% en el mercado nacional), por lo que la encuesta más bien es conservadora en perjuicio de VTR pues sobreestima significativamente a los clientes de la Compañía.

La investigación de Metalógica fue, de hecho, expresamente efectuada en las tres regiones del país donde VTR tiene una mayor presencia, a efectos de estudiar precisamente las condiciones de *borde* o *techo* (esto es, las condiciones más perjudiciales para el análisis respecto de VTR), en lo relativo a los costos de cambio que pudieran enfrentar sus clientes, pues sería esperable que éstos fueran mayores en las zonas donde VTR tiene una mayor presencia. Consecuentemente, los resultados serían extrapolables con mayor razón todavía en las demás zonas del país.

Lo relevante del Informe Metalógica es que, habiendo efectuado la encuesta en regiones donde VTR exhibe una mayor tasa de penetración en comparación con su media nacional, se confirmó que los suscriptores tienen opciones reales para efectuar un cambio de operador de televisión pagada y no enfrentan, así, costos de cambio insuperables.

En efecto, según el Informe Metalógica, un categórico 72% de los usuarios encuestados contestó que sí podía contratar servicios de otros operadores y, más relevante todavía, un 73% de los usuarios que tienen contratado VTR señalan tener factibilidad de cambiarse de operador. Este alto porcentaje se repite, con cifras entre el 60 y 75%, en el caso de los principales competidores de VTR, esto es, Movistar, DirecTV, Claro y Entel<sup>107</sup>. Esto revela que los clientes de VTR no enfrentan más costos de cambio que los suscriptores de su competencia; por el contrario, los clientes de VTR están en el rango superior de quienes no enfrentan costos de cambio y gozan de alternativas de contratación competitivas.

Ello significa, tal como señala el referido informe, que “no se aprecian diferencias significativas entre la probabilidad de cambio de los diferentes operadores”<sup>108</sup> y que “los clientes de todos los operadores señalan, en similar proporción, que pueden cambiarse de operador”<sup>109</sup>, lo que por sí solo es indicativo de la ausencia de costos de cambio relevantes para los consumidores en este mercado, considerando a sus distintos oferentes entre los cuales se encuentra VTR. Esto, a su vez, refuerza la injusticia de someter actualmente a VTR a una regulación asimétrica en esta materia.

En definitiva, en lo que interesa a estos autos, estas cifras permiten afirmar que incluso en aquellas zonas específicas donde VTR presenta una mayor penetración, enfrenta una fuerte presión competitiva, pues en esas áreas un 73% de sus actuales clientes tiene la posibilidad real de cambiarse de operador en caso de no estar satisfecho con el servicio que ofrece la Compañía.

Esto -la presión competitiva que VTR enfrenta y que, evidentemente, la disciplina y le impide actuar con independencia del accionar de sus competidores si persigue mantener la confianza

<sup>107</sup> Informe Metalógica, pp. 15 y 16.

<sup>108</sup> Ibid., p. 16.

<sup>109</sup> Ibidem.



de sus clientes- explica, por ejemplo, por qué mi representada ha efectuado a lo largo de los años cuantiosas inversiones destinadas a implementar mejoras y actualizaciones tecnológicas del servicio televisivo que provee como, por ejemplo:

- La incorporación de servicios de *Video on Demand* (“VOD”) a partir del año 2006, incluyendo series y películas, muchas de las cuales son de acceso gratuito. Desde entonces, VTR ha incrementado el contenido disponible para sus clientes, llegando a contar con más de 12.000 títulos gratuitos a la fecha.
- El 4 de octubre de 2007, VTR lanzó el primer servicio de Televisión de Alta Definición de Chile y de Latinoamérica (Vive! HD). Desde esa fecha, la Compañía aumentó paulatinamente el contenido de alta definición (“HD” por sus siglas en inglés) disponible, alcanzando a la fecha 70 canales HD (sin considerar los canales denominados *Premium* de esta categoría).
- El año 2017, VTR lanzó un servicio de *catch up* que permite a sus usuarios acceder, a través de la plataforma VOD, a contenidos recientemente emitidos de forma lineal<sup>110</sup>.
- En febrero de 2018, la Compañía lanzó el servicio de *Replay TV*, permitiendo a sus abonados volver a reproducir contenidos originalmente lineales de manera gratuita y directamente desde la guía de programación, sin la necesidad de grabar dichos contenidos en un decodificador con dicha funcionalidad.
- En mayo de 2018, VTR lanzó la aplicación o plataforma VTR Play, que permite a sus usuarios acceder a contenido lineal y no lineal desde distintos dispositivos electrónicos, sin costo adicional al pago de la suscripción mensual del servicio de televisión.

Por lo demás, estas mejoras e inversiones se materializaron en un contexto en que, desde el 2004 a la fecha, VTR ha disminuido en términos reales (esto es, considerando la inflación) sus precios a público.

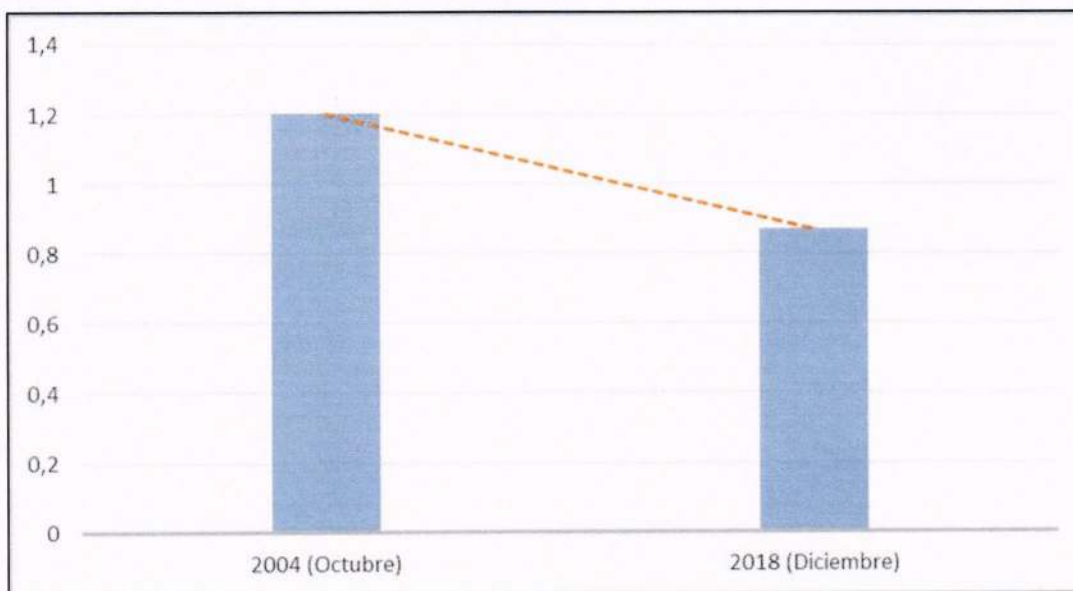
En efecto, si se compara la evolución del precio del plan “full” de televisión pagada de VTR<sup>111</sup> entre octubre de 2004 y diciembre de 2018, es posible observar que éste ha disminuido en un 27.6% (de UF 1.2 a UF 0.87):

<sup>110</sup> En términos simples, el *catch up* o *televisión al día* es un tipo de “*video bajo demanda en la que los programas de televisión están disponibles durante unos cuantos días después de la emisión original*”. Al respecto, para una breve explicación de los distintos tipos de VOD, véase: [https://es.wikipedia.org/wiki/V%C3%ADdeo\\_bajo\\_demanda](https://es.wikipedia.org/wiki/V%C3%ADdeo_bajo_demanda) [última visita: 13 de agosto de 2019].

<sup>111</sup> Definido como el plan más completo sin considerar canales premium. Se define así para realizar el análisis en términos comparables, ya que los planes en el año 2004 eran distintos a los ofrecidos en la actualidad.



Gráfico N°5  
Evolución del precio del plan “full” de televisión pagada de VTR, en UF



Fuente: elaboración propia sobre la base de información provista por VTR.

Todos estos antecedentes son consistentes con el hecho de que VTR no tiene, en caso alguno, poder de mercado en el mercado de la televisión pagada. Muy por el contrario, estos datos muestran que VTR reacciona permanentemente ante la fuerte presión competitiva que le imponen los demás operadores, realizando esfuerzos por mantener una oferta atractiva para los consumidores, tanto en términos de precio como de calidad de contenido e innovación, especialmente considerando que la gran mayoría de sus clientes enfrenta bajos costos de cambio.

Esto también es consistente con que el hecho de que, en la Resolución N°1, el H. Tribunal haya calificado al mercado geográfico de la televisión de pago como uno nacional<sup>112</sup>, independientemente de ciertas diferencias regionales en la competencia, pues la presión competitiva observada da lugar a mejorías de calidad, ofertas de servicios y funcionalidades o nuevas tecnologías que son implementadas a nivel nacional.

Ahora bien, sobre las dificultades que pueda tener un porcentaje minoritario de los clientes de mi representada por residir en edificios o condominios donde no exista una segunda red disponible, es importante señalar que los planes y tarifas que ofrece VTR no distinguen en función del acceso que tiene el usuario a una o más redes, es decir, VTR no dispone de una oferta de flujo diferenciada para los clientes que enfrenten menos opciones competitivas o ninguna. Es más, en términos generales, en nuestro conocimiento en base a información pública de mercado, ésta sería una condición transversal a toda la industria, no sólo de VTR. De esta forma, los clientes que minoritariamente no tienen opciones de cambio no se ven perjudicados en precios ni en calidad. Eso explica, a nuestro entender, que el efecto benéfico

<sup>112</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, p. 42: “El mercado relevante geográfico en los tres casos analizados, esto es, TV pagada, internet banda ancha y telefonía fija, es el mercado nacional, reconociendo que hay zonas del país con niveles de competencia disímiles. Por ejemplo, en materia de TV pagada, en algunos lugares existe superposición de redes, en otros sólo opera una empresa de TV cable y hay algunos donde sólo opera la televisión satelital”.



de la intensa competencia que enfrenta VTR en las áreas en las que opera -que se expresa en un equilibrio competitivo-, alcanza igualmente a aquel pequeño grupo de consumidores que, por características particulares de los domicilios donde residen, cuentan con menos opciones de cambio o simplemente no tienen alternativas disponibles.

En cualquier caso, en lo que se refiere a aquellos edificios o condominios que no cuentan con una segunda o tercera red disponible, debemos ser categóricos en señalar que VTR desde hace muchos años sigue una política activa de total rechazo a este tipo de prácticas, tomando medidas concretas para evitar que esta situación se siga replicando en perjuicio de la libertad de acción y elección de los clientes de televisión pagada.

En efecto, VTR ha declarado públicamente su compromiso con la erradicación de estas prácticas<sup>113</sup>, renunciando desde hace 18 años a cualquier exclusividad en edificios y condominios y publicando un listado de recomendaciones prácticas para los usuarios, destinadas a facilitar la elección o cambio de proveedor de telecomunicaciones<sup>114</sup>. Asimismo, la Compañía suscribió en 2015 un Manual de Buenas Prácticas en conjunto con otros operadores y el presidente del Consejo de la Sociedad Civil de Subtel, destinado a promover el libre acceso y la compartición de infraestructura existente<sup>115</sup>.

Luego, ante las autoridades de libre competencia, VTR siempre ha actuado en forma enérgica y consistente instando por la adopción de las medidas normativas y de fiscalización, legalmente procedentes, para permitir que todas las viviendas puedan acceder a más de un proveedor de telecomunicaciones y, de ese modo, lograr que los consumidores puedan elegir entre diversas alternativas de servicios. Por ello, VTR fue quien solicitó a la FNE, en el marco de la investigación Rol N°118-98 que, en el ejercicio de sus facultades, solicitara a la entonces H. Comisión Resolutiva para que, entre otras medidas, requiriera a la autoridad competente la modificación de las normas legales y reglamentarias aplicadas a la construcción y urbanismo de edificios y condominios habitacionales, a fin de que se estableciera en ellas la necesidad de que los ductos de dichas construcciones soportaran al menos dos redes de aquellas que transportan señales de televisión por cable<sup>116</sup>.

<sup>113</sup> Toda la información sobre el compromiso histórico de VTR con la libertad de elección de los servicios de telecomunicaciones se encuentra disponible en el sitio web "Edificios Abiertos" de la Compañía: <https://vtr.com/productos/edificiosabiertos> [última visita: 13 de agosto de 2019].

<sup>114</sup> Al respecto, véase: <https://vtr.com/productos/edificiosabiertos>, <https://vtr.com/productos/edificios> y <https://vtr.com/productos/derechosdeusuario> [para los tres casos, última visita: 13 de agosto de 2019].

<sup>115</sup> Al respecto, véase: <https://www.subtel.gob.cl/empresas-de-telecomunicaciones-suscriben-manual-de-buenas-practicas/>. El texto completo del Manual de Buenas Prácticas se puede descargar desde el siguiente link: <https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2015/01/Manual-BPO.pdf> [para ambos casos, última visita: 13 de agosto de 2019].

<sup>116</sup> El siguiente fue el petitorio de VTR en esa oportunidad: "En atención a todo lo señalado, y en virtud del artículo 27, inciso segundo, letras a), b), c); 8 letra c); y 17 inciso segundo, letras a) y b) del Decreto Ley N°211, solicitamos al señor Fiscal Nacional Económico que, en ejercicio de su potestad para investigar las materias que se han descrito en esta presentación y, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, solicite a la H. Comisión Resolutiva la adopción de las siguientes medidas:

- a. Requerir a la autoridad competente la modificación de las normas legales y/o reglamentarias que se aplican a la construcción y urbanismo de edificios y condominios habitacionales a fin de que se establezca en ellas la necesidad de que los ductos de los edificios destinados a tener cables de telecomunicaciones, sean de un diámetro que les permita contener al menos dos redes de aquellas que transportan señales de TV Cable;
- b. Ordenar que se ponga término a (i) los contratos, convenios, sistemas o acuerdos celebrados entre compañías de TV Cable y las administraciones o copropietarios de edificios, en aquella parte en que se establece la exclusividad para la prestación de servicios de TV Cable a favor de una empresa, en razón de ser ello contrario a la libre



Luego, VTR participó activamente en el procedimiento ante la H. Comisión Resolutiva que se inició precisamente por vía de una solicitud de la FNE en el sentido mencionado anteriormente, y culminó con la Resolución N°641 de 13 de marzo de 2002 (“Resolución N°641”), en que se ordenó una serie de medidas destinadas a poner fin a los problemas existentes para instalar servicios de televisión pagada competitivos en edificios que estaban bajo exclusividad<sup>117</sup>. Posteriormente, en actuaciones ante el Servicio Nacional del Consumidor, Subtel y la FNE, la Compañía propuso medidas concretas para enfrentar situaciones que afectaban innecesariamente el ingreso de nuevos operadores de telecomunicaciones tanto en condominios y edificios, así como en nuevas urbanizaciones y barrios.

Dicha posición fue reiterada por VTR en el marco del Expediente de Recomendación Normativa (“ERN”) sobre “prestación de servicios de telecomunicaciones en inmuebles sujetos a régimen de copropiedad inmobiliaria”, Rol ERN N°15-2013 del H. Tribunal<sup>118</sup>.

Dicho ERN concluyó en la dictación de la Proposición N°14/2014, en virtud de la cual se recomendó, en lo más relevante:

“[...] a S.E. la Presidenta de la República, a través de los Ministros de Vivienda y Urbanismo y de Transportes y Telecomunicaciones, la dictación o modificación de los preceptos legales o reglamentarios necesarios para fomentar la competencia en la prestación de aquellos servicios de telecomunicaciones referidos en la parte considerativa de esta recomendación normativa, de forma tal que dichos preceptos legales o reglamentarios: [...]”

---

*competencia; y, (ii) a las prácticas de las administraciones o copropietarios de edificios que, a pretexto de una supuesta exclusividad, impiden la instalación de redes de nuevas compañías de TV Cable, distintas a la preexistente;*

- c. *Dictar instrucciones obligatorias de carácter general para la celebración de actos o contratos en esta materia que establezcan la prohibición de (i) pactar cláusulas de exclusividad entre compañías de TV Cable y las administraciones o copropietarios de edificios, por ser éstas atentatorias contra la libre competencia, y (ii) considerar cualquier contrato celebrado entre las administraciones o copropietarios de edificios y una empresa de TV Cable como uno que conceda a favor de la empresa de TV Cable algún tipo de exclusividad para tender sus redes;*
- d. *En subsidio de lo solicitado en la letra c) anterior, y para el evento que los organismos de defensa de la competencia determinen que estas cláusulas de exclusividad no atentan contra la libre competencia, dictar instrucciones obligatorias de carácter general que establezcan la necesidad de efectuar procesos de licitación públicos, transparentes, igualitarios y obligatorios para la adjudicación del cableado de un edificio a una determinada empresa de TV Cable”.*

<sup>117</sup> En concreto, mediante la citada Resolución N°641, la entonces H. Comisión Resolutiva Antimonopolios: (i) ordenó poner término inmediato a los contratos o convenios de exclusividad existentes entre las inmobiliarias, administraciones o copropietarios de edificios y MI, en aquella parte en que esos contratos o acuerdos establecían a favor de MI una preferencia para prestar el servicio de televisión pagada en esos edificios; (ii) prohibió a futuro cualquier cláusula de esta naturaleza; (iii) decidió que, en el futuro, las inmobiliarias que desearan conceder exclusividad a una empresa de televisión pagada, por no permitir sus ductos verticales más de una empresa, debían hacerlo en procesos de licitación generales, públicos y bajo condiciones objetivas; (iv) exigió modificar la Ley de Urbanismo y Construcciones, en el sentido de obligar a los edificios a que contengan ductos que permitan al menos el paso de cables de dos compañías de televisión pagada; y (v) exigió a Subtel reglamentar el uso de las instalaciones interiores de los edificios en el caso de la televisión pagada, así como lo hacía para la telefonía local, normando que en el caso de edificios y condominios, éstos debían permitir la conexión de distintas compañías de televisión pagada, de modo que cada copropietario pudiera elegir libremente la compañía de su preferencia, con respeto a lo dispuesto en los reglamentos de copropiedad.

<sup>118</sup> Especialmente, en su escrito de aporte de antecedentes de fecha 2 de agosto de 2013, rolante a fojas 238 y siguientes de los autos Rol ERN N°15-2013 del H. Tribunal.



3. Regulen –respetando el principio de neutralidad tecnológica y de acuerdo con las directrices planteadas en la parte considerativa de esta recomendación normativa– las especificaciones técnicas y los criterios necesarios para la instalación de las cámaras exteriores e interiores, los respectivos ‘poliductos’ y la red de distribución interna en condominios de extensión o altura, a fin de permitir la utilización de dicha infraestructura por más de un operador de servicios de telecomunicaciones. Se recomienda que, en la medida de lo posible, la regulación considere las siguientes directrices: [...]

3.4. Establecer, para los elementos de distribución exterior, los ductos verticales (shafts) y horizontales, una capacidad que permita el ingreso de tres operadores de telecomunicaciones a lo menos.

3.5. Establecer, para los elementos de distribución emplazados al interior de las unidades de un condominio o desarrollo inmobiliario, una capacidad que permita la prestación de servicios simultánea por dos operadores de telecomunicaciones a lo menos. [...]

3.7. Imponer a las empresas inmobiliarias o constructoras la prohibición de recibir cualquier tipo de pago o contraprestación tendiente a asegurar una cierta exclusividad a favor de empresas de telecomunicaciones en la prestación de servicios en condominios o desarrollos inmobiliarios. [...]

6. Prohíban a las inmobiliarias o constructoras establecer en el primer reglamento de copropiedad disposiciones que limiten injustificadamente el ingreso de empresas de telecomunicaciones<sup>119</sup>.

Parte de estas iniciativas de libre competencia culminaron en la dictación de la Ley N°20.808 de 2015 que “*protege la libre elección en los servicios de cable, internet o telefonía*” -también denominada “*Ley de Ductos*”<sup>120</sup>, que vino a regular esta materia para las nuevas edificaciones por la vía de introducir modificaciones a las leyes N°18.168 General de Telecomunicaciones y N°19.537 sobre Copropiedad Inmobiliaria, y cuyo reglamento fijado por Decreto N°167 de 2016 entró en vigencia en abril de 2018, tras publicarse en el Diario Oficial<sup>121</sup>. Adicionalmente, en noviembre de ese mismo año, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo dictó el Decreto N°10 de 2018, en virtud del cual modificó su Decreto Supremo N°47 de 1992, Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, para velar por la libre elección de los servicios de cable, internet o telefonía en proyectos de loteo y edificación<sup>122</sup>.

Todo lo anterior muestra que VTR ha sido pionera en desarrollar este tipo de políticas pro competitivas e instar por su desarrollo ante las autoridades correspondientes, evidenciando su

<sup>119</sup> H. Tribunal. Proposición N°14/2014, pp. 55 a 58.

<sup>120</sup> El texto completo de la ley se encuentra disponible para descarga en el siguiente link: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1074272> [última visita: 13 de agosto de 2019].

<sup>121</sup> Al respecto, véase: <https://www.subtel.gob.cl/entra-en-vigencia-reglamento-que-pone-fin-a-exclusividad-de-servicios-de-telecomunicaciones-en-edificios-y-condominios/> y [https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2018/04/DO\\_decreto\\_167.pdf](https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2018/04/DO_decreto_167.pdf) [última visita: 13 de agosto de 2019].

<sup>122</sup> El texto completo del decreto en comento se encuentra disponible para descarga en el siguiente link: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1125906> [última visita: 13 de agosto de 2019].



clara intención de luchar contra los costos de cambio que aún afectan a algunos clientes, indebidamente en opinión de VTR y no por causa de su actuar, el que es consistente con un completo rechazo a las exclusividades.

Ahora bien, en cualquier caso, el Informe Metalógica pone en su debido contexto el real efecto de los problemas existentes en edificios y condominios, los cuales probablemente en gran medida son inmuebles cuya infraestructura es anterior a la implementación de los cambios legales y reglamentarios antes descritos, por lo que técnicamente no están en condiciones de recibir más de un ducto (aunque, como se ha dicho, VTR no entrega a sus clientes domiciliados en esos inmuebles condiciones de calidad o precio diferentes a los de los consumidores de las mismas áreas que sí tienen posibilidad de elección). Como se adelantó, del total de encuestados, un 72% afirmó tener al menos una opción de proveedor de servicios de televisión pagada, distinto a su operador actual. Ello implica que sólo un 28% de los usuarios carecía de opciones de cambio.

Si desglosamos ese 28% y distinguimos entre las razones que generan la ausencia de alternativas, podemos observar que una fracción inferior al 50% se explicaría por un problema asociado a alguna exclusividad o problema reglamentario de edificios y condominios. Es decir, “sólo un 12,6% del total de entrevistados señaló tener problemas para el cambio de operador debido a restricciones para contar con otro operador en su domicilio (45% del total de 28% que señala no poder cambiarse)”<sup>123</sup>. Ello se explica probablemente por todas las evoluciones normativas y de libre competencia, en parte instadas por VTR como se ha mostrado, que han permitido la creciente reducción de ese tipo de restricciones.

Pero eso no es todo, H. Tribunal, pues es el Informe Metalógica también entrega información valiosa para caracterizar -en términos generales- la movilidad de clientes en el mercado de la televisión pagada en el último tiempo. Para ello, hizo una serie de preguntas a los encuestados en orden a determinar: (i) si habían cambiado o no de operador de televisión pagada; y, (ii) la identidad de los operadores que tuvieron contratados en el pasado.

En relación con el historial de contrataciones de los usuarios, el estudio concluye que el 41% de los encuestados tuvo contratado servicios con otro operador antes de su operador actual y que, de esa proporción, el 75% se ha cambiado una vez de operador, seguido del 19% que señala haberse cambiado dos veces, el 5% tres veces y finalmente el 1%, cuatro veces<sup>124</sup>.

El detalle de esta movilidad de clientes entre operadores de televisión pagada se detalla en la siguiente tabla:

---

<sup>123</sup> Informe Metalógica, p. 18.

<sup>124</sup> Ibid., pp. 11 y 12.



**Tabla N°3**  
**Informe Metalógica: porcentaje de encuestados por operador de televisión pagada actual y anterior**

*Tabla 2. Operadores anteriores versus operadores actuales<sup>2</sup>*

|                       | Operador anterior |          |       |        |                       |       |               |      |  |
|-----------------------|-------------------|----------|-------|--------|-----------------------|-------|---------------|------|--|
|                       | VTR               | DirectTV | Entel | Telsur | Movistar (Telefónica) | Claro | GTD Manquehue | Otra |  |
| VTR                   | 3%                | 8%       | 4%    | 4%     | 56%                   | 19%   | 2%            | 4%   |  |
| DirectTV              | 52%               | 0%       | 4%    | 0%     | 30%                   | 10%   | 4%            | 0%   |  |
| Entel                 | 39%               | 5%       | 0%    | 0%     | 33%                   | 23%   | 0%            | 0%   |  |
| Telsur                | 57%               | 0%       | 0%    | 14%    | 14%                   | 14%   | 0%            | 0%   |  |
| Movistar (Telefónica) | 58%               | 5%       | 4%    | 2%     | 3%                    | 22%   | 4%            | 0%   |  |
| Claro                 | 50%               | 12%      | 3%    | 2%     | 24%                   | 5%    | 0%            | 3%   |  |
| GTD Manquehue         | 75%               | 0%       | 0%    | 0%     | 25%                   | 0%    | 0%            | 0%   |  |
| Otra                  | 31%               | 9%       | 0%    | 0%     | 35%                   | 26%   | 0%            | 0%   |  |

Fuente: imagen extraída del Informe Metalógica, p. 14.

En este escenario, resulta importante además destacar el origen de los clientes actuales de DirecTV que, según el Informe Metalógica, provienen en un 52% de VTR, seguido de un 30% de Movistar. Ello demuestra, una vez más, que los clientes de mi representada tienen plena libertad de elegir al operador que deseen, sobre la base de los factores competitivos que estiman más relevantes y que sólo un número muy minoritario está afecto a restricciones técnicas dadas por las características de los ductos de los inmuebles donde habitan.

Todo lo anterior es consistente con la alta tasa de pérdida de clientes o desconexiones (“Churn”) que afecta a VTR, según da cuenta el archivo Excel “Churn TV VTR 2016 a 2019” acompañado bajo confidencialidad en el tercer otrosí de esta presentación, por contener información sensible de mi representada.

Adicionalmente, en dicho otrosí se acompaña un Anexo Confidencial que contiene un breve análisis razonado de los datos de desconexiones que afectaron entre 2006 y 2018 a la Compañía. La información ahí reseñada, junto con aquello que ya se mencionó acerca de la existencia de una tasa creciente de suscriptores totales nacionales, da cuenta de la movilidad de clientes entre distintos operadores. Si los costos de cambio fueran relevantes, el Churn de VTR sería significativamente menor.

Con respecto a las desconexiones, cabe recordar que la Compañía está regida por el Decreto N°18, de 2014, que “aprueba reglamento de servicios de telecomunicaciones que indica” (“Reglamento de Servicios de Telecomunicaciones”)<sup>125</sup>, el que en sus artículos 15 y 26 recoge las obligaciones necesarias para garantizar que no existan costos de salida en perjuicio de los usuarios de este tipo de servicios. Dicho reglamento ha sido implementado al pie de la letra por VTR, a través

<sup>125</sup> Disponible para descarga en el siguiente link: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1059429> [última visita: 13 de agosto de 2019].



de la adopción de las siguientes medidas: (i) los servicios se desconectan al día siguiente hábil de la solicitud recibida de parte del suscriptor; (ii) no se aplican multas, cargos o costos adicionales por la desconexión; (iii) no se exigen plazos mínimos de permanencia a los clientes; (iv) se dispone de diversos canales de desconexión, como sucursales y *call centers*; y (v) se permite la desconexión con boletas vencidas o saldos pendientes.

Por consiguiente, H. Tribunal, de la información expuesta en esta sección se puede concluir, tal como lo hizo el Informe Metalógica<sup>126</sup>, que en el mercado de la televisión pagada no existen costos de cambio insuperables, asociados a barreras técnicas o de otro tipo, que le otorguen a VTR la capacidad para actuar de forma independiente de sus competidores, y menos aún que le otorguen a este respecto posibilidades distintas a las de sus competidores o ventajas competitivas respecto de éstos, pues los clientes pueden y están dispuestos a cambiarse ante alzas de precio o degradaciones de calidad, como de hecho lo hacen regularmente. Esto reafirma la falta de necesidad, también en este punto, de una *regulación asimétrica* que -a estas alturas- perjudica a VTR sin justificaciones reales.

b.4 *La inexistencia de barreras a la entrada y a la expansión también confirma la conclusión de que VTR carece actualmente de una posición dominante en el mercado relevante de la televisión pagada*

A pesar de reconocer la existencia de barreras a la entrada en el mercado relevante en 2004, la Resolución N°1 también afirmó correctamente que *“el dinamismo tecnológico esperable de esta industria puede restringir o eliminar en el futuro las barreras de entrada mencionadas”*<sup>127</sup>.

Decimos “correctamente” pues, en efecto, el desarrollo tecnológico, principalmente de la televisión satelital, eliminó cualquier barrera significativa a la entrada y a la expansión que pudiera haber existido en esa época en el mercado relevante de la televisión pagada.

Lo anterior se sustenta en los datos ya expuestos, que muestran la fuerte entrada al mercado y crecimiento de operadores satelitales en los últimos años. Es importante destacar que dicha entrada y crecimiento no se limita a las zonas donde los operadores alámbricos no operan, sino que se observa a lo largo de todo el país, como se muestra en la Tabla N°2 *supra*, que revela cómo la mayoría de los suscriptores de los operadores satelitales se encuentra en comunas donde VTR está presente. Este antecedente, junto con la alta tasa de *Churn* expuesta en la subsección b.3 *supra*, muestra que el crecimiento de los operadores satelitales se ha producido a través de la competencia con operadores alámbricos -entre ellos, VTR- y no solamente por la expansión en zonas que pudieran haber estado menos atendidas. Es decir, la televisión alámbrica y la satelital son sustitutos perfectos en el mercado de la televisión pagada.

Además, debe considerarse la evolución de la tecnología IPTV para la provisión de servicios de televisión pagada. Operadores como GTD Manquehue, Entel y Movistar actualmente ofrecen estos servicios con gran potencial de expansión, pues Entel y Movistar disponen de

<sup>126</sup> Informe Metalógica, pp. 20 y 21. Se trata de una conclusión especialmente robusta si se considera que, como lo hemos mencionado, los resultados de la encuesta sobre la que se basó el Informe Metalógica fueron obtenidos en regiones en las que VTR tiene una participación superior a su promedio nacional.

<sup>127</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, p. 45.



aproximadamente de 229.000 y 1.300.000 hogares pasados o *home passed* cada uno respectivamente<sup>128</sup> -los que corresponden a puntos donde un hogar puede realizar la conexión necesaria para recibir este servicio-. Esto implica que al menos Entel y Movistar tienen un gran potencial de crecimiento en la oferta de televisión de pago a través de esta tecnología.

Por otro lado, y como también se mencionó *supra*, los operadores de televisión por cable hoy no sólo compiten directamente con los operadores satelitales, sino que también son disciplinados en un grado relevante -y cada día con mayor fuerza- por las plataformas de contenidos OTT. Incluso más, estudios recientes afirman que el desarrollo de las plataformas OTT de contenido lineal pone en peligro la existencia de la televisión pagada tradicional a futuro<sup>129</sup>.

Esto último se confirma al notar que los planes de los grandes grupos programadores están enfocados en vincularse directamente con los consumidores a través del desarrollo de servicios de *streaming* (esto es, vídeo por internet), omitiendo a la televisión pagada tradicional, fenómeno que ya ocurre en la actualidad con plataformas de gran éxito como Netflix y Amazon Prime Video, entre otras, y que se espera se profundice dramáticamente en el corto plazo con los lanzamientos de los servicios de televisión *online* de Apple<sup>130</sup>, Disney<sup>131</sup> y WarnerMedia<sup>132</sup>, entre tantos, que ya están ocurriendo.

El importante desarrollo de las plataformas OTT en nuestro país queda en evidencia al revisar los estudios elaborados por Subtel en los últimos años. Por un lado, en la “IX Encuesta de Acceso y Usos de Internet” de diciembre de 2017, de un universo de 3.600 encuestados, un 9,3% había considerado dejar de contratar el servicio de televisión pagada para visualizar los contenidos a través de internet<sup>133</sup>. Por otro lado, un reporte de Subtel sobre el uso de datos de octubre de 2018<sup>134</sup>, revela que un 39,6% de los datos utilizados en redes fijas se usa para visualización de videos. Además, este último reporte señala que la hora *peak* de consumo de

<sup>128</sup> La información de Entel fue obtenida de la presentación “17<sup>th</sup> Santander May Latam Conference in London”, la cual se puede descargar desde el siguiente link: <https://informacioncorporativa.entel.cl/inversionistas/presentaciones> [última visita: 13 de agosto de 2019]. Por su parte, la información de Movistar fue extraída de la presentación “Resultados Financieros Consolidados a marzo 2019”, disponible para descarga desde el link: <http://www.telefonica-chile-s-a/presentaciones/> [última visita: 13 de agosto de 2019].

<sup>129</sup> Ovum (Informa PLC). “OTT video is set on a collision course with pay-TV” (2019), p. 14. Este estudio se acompaña bajo confidencialidad en el tercer otrosí de esta presentación.

<sup>130</sup> La plataforma OTT Apple TV+ fue anunciada en marzo de 2019 y se espera que entre en operaciones hacia fines de año. Al respecto, véase: <https://www.apple.com/newsroom/2019/03/apple-unveils-apple-tv-plus-the-new-home-for-the-worlds-most-creative-storytellers/> [última visita: 13 de agosto de 2019].

<sup>131</sup> La plataforma OTT Disney+ estará disponible en los Estados Unidos a partir del 12 de noviembre de 2019 y distribuirá el contenido del Grupo Disney (incluyendo material de Fox, recientemente adquirida por Disney), abarcando obras de Disney, Pixar, Marvel, Star Wars y National Geographic. Al respecto, véase: <https://www.latercera.com/pulso/noticia/disney-va-netflix-paquete-streaming-us-13-al-mes/771731/>, <https://www.thewaltdisneycompany.com/disney-spotlights-comprehensive-direct-to-consumer-strategy-at-2019-investor-day/> y <https://preview.disneyplus.com/dl/> [en los tres casos, última visita: 13 de agosto de 2019].

<sup>132</sup> Se especula que la plataforma OTT del Grupo WarnerMedia, que agrupa a las poderosas marcas HBO, Turner y, en Chile, CDF, estará disponible el 2020. Al respecto, véase: <https://www.theverge.com/2019/4/24/18514195/att-warnermedia-streaming-service-september-october-announcement> y <https://www.digitaltrends.com/home-theater/warnermedia-streaming-service-news/> [en ambos casos, última visita: 13 de agosto de 2019].

<sup>133</sup> La pregunta especificaba como ejemplos a Netflix, YouTube y similares, pp. 52.

<sup>134</sup> Disponible para su visualización en el siguiente link: <https://www.subtel.gob.cl/primer-a-radiografia-de-consumo-de-datos-de-los-chilenos-revela-que-se-utilizan-principalmente-en-streaming-de-video/> [última visita: 13 de agosto de 2019].



datos por redes fijas es entre las 22 y 23 horas, horario que la Subsecretaría denomina “horario Netflix” y que coincide con un bloque horario considerado como de alto *rating*, tanto para los canales de televisión abierta como pagada.

En otras palabras, a nuestro juicio existe evidencia contundente de que las plataformas OTT disciplinan efectivamente, y cada vez más, a los participantes del mercado relevante de la televisión pagada, al punto que se espera que en el mediano plazo pasen a competir derechamente en un mismo mercado.

Todo ello marca un claro contraste con la situación de 2004, descrita por el H. Tribunal en la Resolución N°1, época en que la televisión por cable o de acceso alámbrico -tecnología predominante en el momento de la Fusión- presentaba características de monopolio natural y, además, grandes costos hundidos<sup>135</sup>.

Se advierte entonces que, en estos quince años, el mercado evolucionó de forma radical, tanto así que, el auge de la televisión satelital y de las plataformas OTT vía internet -tecnologías que no presentan características de monopolio natural ni exigen grandes inversiones irrecuperables- eliminó por completo dichas barreras a la entrada<sup>136</sup>. Es importante notar, H. Tribunal, que incluso para el número menor de consumidores que habitan en inmuebles con restricciones técnicas para contar con más de un proveedor de televisión de pago, estas tecnologías OTT están plenamente disponibles, bastando para ello con contar con una conexión a internet fija o móvil, que se pueda vincular al computador.

En definitiva, en tanto es posible reconocer en el mercado de la televisión pagada un aumento del número de suscriptores que ha permitido hacer rentable la entrada y crecimiento de nuevos competidores de forma rápida, imprimiéndole mayor presión competitiva; en la medida que el Churn de VTR refleja la capacidad de distintos competidores de absorber la demanda de los clientes a través de tecnologías tan diversas como HFC, IPTV y satelital; y en cuanto las plataformas OTT sólo presentan expectativas de mayor crecimiento y penetración a futuro, se debe concluir que la posibilidad de entrada y expansión en este mercado ha sido durante al menos los últimos diez años, probable, tempestiva y suficiente y que lo seguirá siendo crecientemente a futuro.

c) Importante poder de negociación de proveedores de VTR

c.1 *VTR y los demás operadores de televisión pagada- deben lidiar aguas arriba, en el mercado de la adquisición de contenidos, con actores cada día más concentrados y poderosos*

De lo revisado hasta ahora, es claro que VTR no posee una posición dominante de cara a sus clientes, conclusión que también cabe hacer extensiva en la faz *aguas arriba* de adquisición de contenidos, primero, porque dada la cuota de mercado de mi representada, no es dable

<sup>135</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, pp. 44 y 45.

<sup>136</sup> De hecho, la propia Resolución N°1 así lo había anticipado, al señalar que: “[...] el dinamismo tecnológico esperable de esta industria puede restringir o eliminar en el futuro las barreras de entrada mencionadas y hacer muy inestables las fronteras del mercado relevante de la TV pagada”. H. Tribunal. Resolución N°1, p. 45.



54  
1

sostener que tenga un poder incontrarrestable de negociación respecto de ninguna contraparte. Segundo, porque todos sus proveedores cuentan con suficientes alternativas de mercado para ofrecer sus productos y servicios, los que, de ser atractivos para los consumidores finales, serán contratados por ellos y también por VTR, en el afán de cada uno de estos oferentes de presentar la oferta que mejor satisfaga los intereses de los consumidores por quienes compiten. Y, tercero, porque quienes realmente tienen poder de negociación son los grandes grupos proveedores de contenido, como pasamos a mostrar a continuación.

En efecto, así como en los últimos quince años el mercado relevante de la televisión pagada ha evolucionado positivamente desde una perspectiva de competencia, desconcentrándose significativamente, permitiendo el surgimiento y crecimiento de nuevos actores, y enfrentando una competencia cada vez mayor de parte de distintas tecnologías, se observa una situación completamente inversa en su faz *agua arriba* de adquisición de contenidos, que desde una perspectiva de la oferta ha sufrido una consolidación dramática -y muy preocupante- en los últimos años, a consecuencia de una verdadera ola de operaciones de concentración que ha derivado en que hoy existan dos actores superdominantes en varias categorías de contenidos, que concentran la mayoría del gasto de programación de la Compañía -y, suponemos, de sus principales competidores-.

En efecto, en 2004, el mercado de la adquisición de contenidos se encontraba muy atomizado, al punto que la Resolución N°1 creyó plausible que la empresa fusionada pudiese apalancarse en su poder de mercado *transitorio aguas abajo* en el mercado de la televisión pagada para abusar de los proveedores de contenidos no relacionados *aguas arriba*.

En 2019, sin embargo, el escenario es el opuesto: los oferentes de canales y contenidos de televisión pagada se han concentrado muy significativamente, al punto de que son éstos quienes están en la posición de explotar un poder de mercado respecto de VTR y los demás operadores de televisión pagada, en su perjuicio y en el de los consumidores finales.

Tanto es así que, en la actualidad, existen dos grupos programadores que dominan sin contrapesos el mercado de los contenidos: el Grupo AT&T/WarnerMedia<sup>137</sup> y el Grupo Disney.

El primero de ellos, reúne bajo un mismo control a los canales y contenidos comercializados por sus unidades de negocio HBO y Turner<sup>138</sup>, incluyendo por cierto al poderoso CDF, el

---

<sup>137</sup> Para mayores detalles acerca del surgimiento de este conglomerado, véase: FNE. Informe de Aprobación de la Operación de Concentración entre Time Warner Inc. y AT&T Inc., 30 de agosto de 2017, emitido en el contexto del expediente Rol FNE N°F-81-2017.

<sup>138</sup> Si bien al momento de aprobar la compra de Time Warner -hoy WarnerMedia- por AT&T, la FNE constató que las unidades de negocios HBO y Turner operaban de forma independiente, ello se modificó tras la toma de control efectiva de AT&T. En efecto, según informa la prensa especializada norteamericana, WarnerMedia despidió el 5 de marzo de 2019 a Richard Plepler (ex *chief executive* de HBO) y a David Levy (ex presidente de Turner) y contrató en su reemplazo al ejecutivo Bob Greenblatt como encargado de la supervisión de todos los negocios de televisión pagada y *streaming* del conglomerado, sin distinciones. En los hechos, esto constituye una declaración inequívoca de las intenciones del grupo AT&T, controlador de WarnerMedia, de combinar todas sus unidades de producción, programación y comercialización de contenidos en una sola mano, difuminando cualquier independencia que previamente pudieran haber tenido dichas unidades. Al respecto, véase por



11

monopolio en la oferta del fútbol chileno -recientemente adquirido por Turner<sup>139</sup>- y al canal abierto nacional Chilevisión. Se trata de un grupo programador particularmente poderoso en los géneros de cine y series y fútbol nacional y que, además, está integrado verticalmente con DirecTV y posee un canal de televisión abierta.

El segundo, por su parte, reúne bajo un mismo control a los canales y contenidos comercializados por sus unidades de negocio Disney/Buena Vista International, ESPN y la -también- recientemente adquirida Fox<sup>140</sup>. Se trata de un grupo programador particularmente fuerte en contenido deportivo internacional e infantil.

Ambos conglomerados internacionales son el resultado de una política explícita de crecimiento inorgánico o vía adquisiciones en el mercado de los contenidos que, en la opinión que expresamos oportunamente ante la FNE, genera riesgos para la competencia de relevancia dada la formación a que da lugar de portafolios irremplazables, pero que de todos modos fue autorizada en Chile. En efecto, en un lapso de menos de un año y medio, se autorizó primero la operación AT&T/Time Warner, luego la operación CDF/Turner y finalmente la operación Disney/Fox, todas sujetas al cumplimiento de medidas de mitigación que, en nuestra respetuosa opinión que también hicimos ver oportunamente, resultan insuficientes para neutralizar los riesgos competitivos originados por esta oleada de consolidaciones<sup>141</sup>.

Así, tras esta sucesión de adquisiciones, hoy los Grupos AT&T/WarnerMedia y Disney concentran un porcentaje muy mayoritario -sustancial- de los costos de programación de VTR, cuyos detalles se contienen en el archivo Excel confidencial "Costos programación VTR" acompañado en el tercer otrosí de esta presentación.

Además, estos Grupos concentran gran parte de la programación que, por ser de la preferencia de la mayoría de los usuarios, se entiende como un contenido imprescindible (*must have*) del cual los proveedores de televisión de pago como VTR dependen y cuyos programadores son *contrapartes indispensables* (tal es el caso del proveedor de fútbol nacional CDF o de los oferentes de las películas más populares del tipo *blockbusters*, como los canales HBO y Fox).

En tales circunstancias, no es de extrañar que haya desaparecido cualquier grado de poder monopsonico que pudo haber identificado el H. Tribunal en 2004 y que, por el contrario, sean

---

ejemplo: <https://variety.com/2019/tv/news/hbo-turner-shakeups-att-disruption-1203154827/> [última visita: 13 de agosto de 2019].

<sup>139</sup> Para mayores detalles acerca de la compra de CDF por parte del Grupo AT&T (a través de su unidad de negocios Turner), véase: FNE. Informe de Aprobación de la Adquisición de CDF por parte de Turner International Latin America, Inc., 14 de diciembre de 2018, emitido en el contexto del expediente Rol FNE N°F-116-2018.

<sup>140</sup> Para mayores detalles acerca de la compra de Fox por parte del Grupo Disney, véase: FNE. Informe de Aprobación de la Adquisición de 21CF [Fox] por parte de Disney, 19 de marzo de 2019, emitido en el contexto del expediente Rol FNE N°F-155-2018.

<sup>141</sup> En un caso, incluso, las medidas de mitigación exigidas por la FNE fueron notoriamente menos estrictas que aquellas exigidas en otras jurisdicciones de referencia. Nos referimos a la operación Disney/Fox, cuya aprobación en países como los Estados Unidos de Norteamérica, Brasil o México estuvo condicionada a la desinversión de los canales deportivos Fox Sports, de modo de evitar el traslape con los canales ESPN controlados por Disney. Ello no ocurrió en Chile, a pesar de que las circunstancias de hecho y los riesgos para la competencia derivados de esta evidente concentración horizontal eran muy similares, sino peores.



76

estos grandes grupos programadores quien, conscientes de su cada vez mayor poder, impongan a VTR -y, suponemos, a los demás operadores de televisión de pago- condiciones comerciales abusivas.

Así, es común que estos grandes grupos programadores: (i) aten las ventas de sus productos de mayor valor (canales y contenidos esenciales o *must have*), a la compra de otros contenidos de escaso o nulo interés para los consumidores y, por ende, para los operadores de televisión pagada, obligando así a adquirirlos contra la voluntad del operador de televisión de pago; (ii) exijan el pago de abonados mínimos garantizados para sus canales *Premium* que no se condicen con los niveles reales de demanda de los respectivos canales, lo que en definitiva hace que operadores como VTR deban, en algunos casos, remunerar a programadores por decenas de miles de abonados *Premium* inexistentes; o (iii) exijan a los operadores de televisión pagada que todos -o prácticamente todos- los canales básicos de su portafolio sean distribuidos al total absoluto de abonados de cada operador -práctica que se denomina como exigencia de *full distribución*-, lo que obliga a los primeros a ofrecer grillas programáticas rígidas y muy abultadas de canales, impidiendo el diseño de ofertas más livianas o focalizadas en nichos de consumidores, en directo perjuicio de éstos y de su libertad de elección.

En opinión de la Compañía, estas prácticas sólo empeorarán ahora que prácticamente la totalidad del contenido denominado *killer* o *must have* está únicamente en poder de dos actores.

Esta preocupante situación confirma que bajo ningún respecto cabría concluir que VTR tiene algún grado de poder en el mercado en la televisión pagada (como ya se explicó más arriba), ni tampoco en su faz *aguas arriba* de adquisición de contenidos.

De hecho, la situación es la inversa: la Compañía enfrenta fuerte competencia de cara a los clientes y sufre la imposición de condiciones gravosas de parte de sus proveedores. Ello explica que los costos de programación de VTR hayan aumentado tan significativamente en los últimos años -como se desprende de la revisión de los datos acompañados bajo confidencialidad en el tercer otrosí de este escrito-, al tiempo que, en paralelo y como se vio *supra*, los precios de sus planes de televisión hayan disminuido en términos reales (esto es, considerando la inflación) desde la época de la Fusión. Y también explica que, adicionalmente, VTR haya debido responder a la creciente presión competitiva mejorando continuamente su producto de televisión, agregando nuevos contenidos lineales y en HD, incorporando y poblando una amplia librería no lineal (tanto gratuita como transaccional), mejorando su tecnología de transmisión y el equipamiento en el hogar (v.gr., incorporando decodificadores o *set-top-boxes* de última generación), desarrollando la disponibilidad multi-pantalla a través de su plataforma VTR Play, entre tantos otros.

c.2 *En la actualidad, VTR no se encuentra verticalmente integrado con proveedores de contenido en una medida significativa y, en cualquier caso, una integración vertical en ausencia de posición dominante es eficiente y pro-competencia*

Adicionalmente, en el análisis de la Resolución N°1, la consideración de los posibles efectos de la Fusión en la faz *aguas arriba* de adquisición de contenidos, no se derivaba únicamente de la generación de una *posición dominante temporal* para VTR en el mercado relevante de la televisión



pagada -aguas abajo-, sino que de la combinación de ese hecho con la integración vertical que, a esa época, exhibía la matriz de VTR con importantes grupos proveedores de contenidos<sup>142</sup>.

Sobre el particular se hace presente que, en la actualidad, ni VTR ni su matriz Liberty Latin America Ltd. ("LLA") tienen participación directa y significativa en proveedores de contenidos con presencia en Chile<sup>143-144</sup>.

Sin perjuicio de ello, cabe indicar que, de acuerdo con información pública, uno de los principales accionistas de LLA, el señor John C. Malone, es uno de los principales accionistas de Liberty Media Corp.<sup>145</sup>, empresa que a su vez posee menos de un 1% de las acciones de AT&T Inc.<sup>146</sup> y de Viacom Inc.<sup>147</sup>.

Asimismo, el señor John C. Malone es accionista de Discovery Communications LLC, poseyendo alrededor de un 21% de las acciones de esta última compañía<sup>148</sup>, sin gozar de control sobre la misma.

<sup>142</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, pp. 42 y 43: "Este mercado [de provisión/adquisición de contenidos por parte de empresas operadoras de televisión pagada] puede verse afectado toda vez que el acceso a contenidos es una condición necesaria para que exista competencia potencial o efectiva en la industria de la TV pagada.

Por lo anterior, consta en el expediente un análisis realizado por la FNE de las relaciones existentes entre la empresa Liberty, una de las consultantes, y los propietarios de contenidos, en el que se estableció lo que sigue:

Liberty posee, directa o indirectamente, un diez por ciento o más del derecho a voto o del capital en las siguientes compañías que prestan, por sí o a través de personas relacionadas, servicios de telecomunicaciones o contenidos para su distribución por televisión:

i) Discovery Communications, Inc., ii) El Entertainment Television, iii) Hallmark Entertainment Investment Co., iv) Pramer S.C.A., v) Torneos y Competencias S.A., vi) The News Corporation Limited, vii) Sky Multi-Country Partners y viii) MGM Networks.

Además Liberty, según consta en el informe técnico-económico de la Fiscalía Nacional Económica, que consta en el Cuaderno de Documentos Reservado I, tiene participación (al 30/06/2003) en las siguientes empresas que poseen canales que operan en Chile y son distribuidos por VTR y MI:

Discovery LA (50%), Discovery LA Kids (50%), People and Arts (25%), Health LA (50%), Travel & Adventure (50%), El Entertainment Television, Inc (10%) Hallmark Entertainment Investment Co. (18%), The Hallmark Channel (9%), Pramer S.C.A. (100%), American Sports (100%), Canal á (100%), Films & Arts (100%), Magic Kids (100%), Torneos y Competencias S.A. (40%), T y C Sports (20%), Time Warner Inc. (4%), The News Corporation Ltd. (17%), Viacom Inc. (<1%), MGM Networks Latin (50%), MGM (50%), Casa Club (50%).

El hecho de que Liberty esté relacionada con los principales proveedores de contenidos puede llegar a constituirse en una barrera de entrada que ya existe pero que puede intensificarse con la fusión consultada".

<sup>143</sup> En efecto, VTR tiene por principales focos de negocio la provisión de servicios de televisión pagada, de internet fija, de telefonía fija y de telefonía móvil. Sin perjuicio de ello, es preciso considerar que VTR ha desarrollado dos canales propios de televisión pagada: Vive! y -más recientemente- Cocina Viva. También ha participado en la creación de una red de canales regionales sobre la base de un modelo asociativo/colaborativo con productoras locales: la Red Vive Chile (al respecto, véase: <http://www.fundacionvivechile.cl/contenidos.html> [última visita: 13 de agosto de 2019]). Todos estos canales se transmiten a través de VTR. Finalmente, tiene una participación menor en una sociedad controlada por la Universidad de Talca, "Televisión Universidad de Talca S.A.", la que desde hace años está inactiva.

<sup>144</sup> Cabe mencionar que LLA es propietaria del proveedor de contenidos deportivos Flow Sports, cadena que se comercializa en el Caribe a través de su unidad de negocios Cable & Wireless, y que no tiene presencia en Chile o el resto de Sudamérica.

<sup>145</sup> En el Formulario 10-K de Liberty Media Corp. para el ejercicio 2018, de fecha 28 de febrero de 2019, se indica que el señor John C. Malone tiene actualmente el 47.7% del poder de voto en Liberty Media. Véase:

<http://ir.libertymedia.com/static-files/909db3fb-3886-4810-8dd0-c631aac7cb6f>, p. I-57 [última visita: 13 de agosto de 2019].

<sup>146</sup> Empresa que adquirió recientemente a Time Warner Inc., hoy Warner Media LLC.

<sup>147</sup> Véase: <http://www.libertymedia.com/overview/asset-list.html> [última visita: 13 de agosto de 2019] y <http://www.libertymedia.com/companies/formula-one-group.html> [última visita: 13 de agosto de 2019].

<sup>148</sup> Véase: <https://ir.corporate.discovery.com/static-files/7563838c-5b66-4ab8-aa9a-98c819718f>, pp. 31 a 33 [última visita: 13 de agosto de 2019]. Estas acciones le permiten ejercer un 28% del poder de voto para la elección de los directores de Discovery Communications LLC.



Es importante enfatizar que el hecho que el señor John C. Malone tenga estas participaciones accionarias no significa en modo alguno que VTR se encuentre vinculada con las empresas proveedoras de contenido indicadas, las que se desenvuelven independientemente en el mercado de adquisición de contenidos, sin que la Compañía tenga influencia alguna en sus decisiones, ni acceso a información comercial sensible o estratégica de las mismas.

Así, es posible descartar la presencia de riesgos exclusorios para canales o grupos programadores en función de supuestos incentivos -que no existen, en absoluto- de VTR para favorecer a aquellos grupos vinculados en forma minoritaria al señor John C. Malone, debido a que no cuenta con la habilidad ni -reiteramos- los incentivos para incurrir en tales prácticas.

En cualquier caso, es pacífico en la doctrina y la jurisprudencia especializada que la integración vertical no sólo no es problemática en ausencia de una *posición dominante* en alguno de los mercados vinculados, ya sea *aguas arriba* o *aguas abajo*, sino que es derechamente pro-competitiva dadas las mejoras de eficiencia asociadas a evitar el fenómeno de la *doble marginalización*, entre otras razones<sup>149</sup>.

Por ende, aun si VTR estuviese verticalmente integrada con proveedores de contenido en una medida significativa -lo que no es efectivo-, el mero hecho de que ya no tenga una *posición dominante* en el mercado relevante de la televisión pagada haría inocua tal vinculación, lo que se refuerza con la falta de control que sobre esos proveedores de contenidos tienen las personas relacionadas con su matriz.

III.2.3 La pérdida de VTR de la *posición dominante* que alguna vez mantuvo en el mercado relevante de la televisión pagada constituye un *nuevo antecedente* que demuestra que las Condiciones carecen en la actualidad de *legitimidad funcional*

H. Tribunal, habiendo transcurrido ya quince años desde el pronunciamiento de la Resolución N°1 -horizonte temporal que excede lo que uno podría considerar como "*mediano plazo*" en los términos de la Resolución N°1, particularmente en una industria tan dinámica como la de las telecomunicaciones en general y su mercado de la televisión pagada en particular-, no hay dudas de que se ha configurado un *nuevo antecedente* que reúne todas las características listadas en la sección I de esta presentación, en cuanto a su aptitud para motivar el alzamiento de todas las Condiciones, antecedente que además elimina aquello que fue determinante para la fijación de las Condiciones. Se trata de la pérdida, por parte de VTR, de su *posición dominante* en el mercado relevante de la televisión pagada.

---

<sup>149</sup> Por todos, véase Motta, Massimo, *Política de competencia. Teoría y práctica*, Fondo de Cultura Económica, 2018, p. 443: "[l]as restricciones verticales y las fusiones verticales son contrarias a la competencia sólo si involucran a empresas que gozan de poder sustancial de mercado (hemos visto en varios casos que el daño potencial creado por una restricción vertical disminuye con la presencia de competidores). Por consiguiente, no hay necesidad de vigilar las restricciones y fusiones que involucran a empresas con poco poder de mercado".



En efecto, este *nuevo antecedente* es:

- Real, pues se encuentra evidenciado por los antecedentes a que hemos hecho referencia en esta sección;
- Distinto, al no corresponder a ninguno de los antecedentes tenidos a la vista en el procedimiento primigenio;
- Sobreveniente, al acaecer con posterioridad al procedimiento original (por consistir en un cambio significativo en la estructura y nivel de concentración del mercado relevante, en comparación con las circunstancias consideradas para la dictación de la Resolución N°1 en el año 2004);
- Directo, al tener una incidencia inmediata y -valga la redundancia- directa en la decisión que se solicita rever, pues según se explicó *supra* en la sección II de esta presentación, la *dominancia temporal* de VTR en el mercado relevante de la televisión pagada inmediatamente post Fusión fue la razón de ser de la imposición de las Condiciones;
- Vinculado, pues está directamente relacionado con la consultante -VTR- y materia objeto de la decisión primitiva del H. Tribunal -las Condiciones, adoptadas como ya se señaló en función de la *dominancia temporal* o *transitoria* de VTR en el mercado relevante de la televisión pagada-; y
- Substantivo, pues según lo mostrado *supra* en esta sección y en la sección II, tiene la aptitud o fuerza suficiente como para modificar lo resuelto el 2004, en este caso, alzar la totalidad de las Condiciones impuestas por la Resolución N°1.

En definitiva, es posible concluir que el escenario competitivo que en la actualidad enfrenta el mercado relevante de la televisión pagada ha cambiado radicalmente, al punto de que hoy VTR ya no tiene una posición dominante, sino que, muy lejos de eso, enfrenta una dura competencia de parte de importantes compañías nacionales e internacionales, tales como Movistar, DirecTV, Claro, Entel y las empresas del Grupo GTD: GTD Manquehue y Telsur.

Los antecedentes expuestos a lo largo de esta sección pueden resumirse en la siguiente Tabla:

**Tabla N°4**  
**Evolución de las principales características del mercado relevante de la televisión pagada (2004 versus 2019)**

| <b>Características del mercado relevante de la televisión pagada en la época de la Fusión (2004)</b> | <b>Características actuales del mercado relevante de la televisión pagada (marzo 2019)</b> |
|--|--|
| Menos de 900.000 suscriptores en total y, en 2006, 1.026.667 suscriptores                            | 3.314.287 suscriptores en total  |
| Participación de mercado de VTR: 88,4%   | Participación de mercado de VTR: claramente menor  |



60

|   |   |
|---|---|
|   | al 40%, específicamente, el 32,6%   |
| Cinco operadores de televisión pagada con presencia nacional o multi-regional   | Al menos 11 operadores de televisión pagada con presencia nacional o multi-regional, lo que ha implicado una mayor competencia  |
| Altas barreras a la entrada (características de monopolio natural y altos costos hundidos)                                      | Inexistencias de barreras a la entrada  |
| Altos costos de cambio para los usuarios ( <i>cautividad</i> )  | Disminución sustancial de los costos de cambio para los usuarios (inexistencia de cautividad)   |
| Escasa presencia de accesos satelitales (8,15% previo a la Fusión y 20% a diciembre de 2006)                                    | Equiparación entre accesos satelitales y accesos alámbricos o por cable (47,9% versus 51,2%), lo que muestra un aumento de los primeros de 39,75 puntos en los últimos casi quince años |
| Inexistencia de plataformas OTT y contenidos disponibles <i>on-line</i> , en modalidad <i>streaming</i>                         | Fuerte crecimiento de las plataformas OTT de suscripción e inicio del fenómeno del <i>cord cutting</i>  |
| IHH de 7.729 puntos, correspondiente a un mercado altamente concentrado   | IHH de 2.087 puntos, correspondiente a un mercado moderadamente concentrado (y con tendencia a seguir desconcentrándose)  |
| Mercado <i>aguas arriba</i> de la adquisición de contenidos más bien atomizado. Integración vertical y poder monopsónico de VTR | Mercado <i>aguas arriba</i> de la adquisición de contenidos extraordinariamente concentrado. Inexistencia de integración vertical y poder monopsónico de VTR                            |

Fuente: elaboración propia.

La realidad del mercado relevante de la televisión pagada descrita *supra*, H. Tribunal, no deja espacio para dobles lecturas: se trata de un mercado muy competitivo, con distintas tecnologías y actores rivalizando entre sí, en el cual no existe un competidor que tenga hoy -ni se advierte cómo podría ocurrir ello en el futuro- una *posición dominante*. Por el contrario, la irrupción de las plataformas OTT, con cada vez mayor fuerza, sólo lleva a avizorar fundadamente que esta tendencia pro competitiva se va a mantener y, muy esperablemente, agudizar.

#### IV.

#### **Antecedente adicional: evolución de los mercados conexos analizados en la Resolución N°1**

A pesar de que el mercado relevante desde la perspectiva de la imposición de las Condiciones de la Resolución N°1 es, como se explicó, el de la televisión pagada, el H. Tribunal también analizó colateralmente los mercados conexos o *relacionados* de la telefonía fija e internet de banda ancha, pues entendió que la Fusión también podía llegar a afectarlos indirectamente, de darse un escenario de *apalancamiento* o *leveraging* de la *posición dominante transitoria* que VTR iba a alcanzar en el mercado relevante ya mencionado con inmediata posterioridad a la Fusión.

De hecho, y como se vio *supra*, los efectos de la Fusión en estos mercados fueron primariamente considerados por el H. Tribunal para aprobarla, pues evaluó -correctamente- como pro competitivo el hecho de que VTR pudiera transformarse en un competidor efectivo



de Movistar, sobre todo en la telefonía fija (servicio todavía muy relevante en esa época, a diferencia de lo que ocurre hoy).

Lo anterior no obstó, en todo caso, a que igualmente el H. Tribunal advirtiera la existencia de riesgos -aunque bajos- asociados a eventuales conductas de VTR en el mercado relevante de televisión de pago con efectos en estos dos mercados conexos o relacionados (que el H. Tribunal estimó como *extremadamente difíciles* en todo caso). Sobre los efectos que la Fusión podría tener en éstos, la Resolución N°1 señaló lo siguiente:

“En caso de que la empresa resultante de la eventual fusión consultada obtenga ganancias sobrenormales [en el mercado de la televisión de pago], puede subsidiar con parte de estos recursos los valores de productos y servicios de mercados relacionados, como la telefonía fija y la banda ancha. Esto sería atractivo en caso de que la empresa fusionada pudiese desplazar a su competencia en aquellos mercados relacionados, para después obtener ganancias sobre normales en ellos. Sin embargo, a juicio de este Tribunal, esto es extremadamente difícil teniendo el competidor altos costos hundidos, como es el caso de la telefonía fija. Sería además, también en opinión del Tribunal, poco rentable ya que la telefonía fija seguirá siendo un mercado regulado mientras no sea efectivamente competitivo. Existe además el peligro de que se realicen ventas atadas de TV cable, telefonía y banda ancha”<sup>150</sup>.

De lo señalado por el H. Tribunal se distinguen tres posibles formas en las que éste estimó en el año 2004 que VTR podría haber usado el poder de mercado obtenido en el mercado relevante de la televisión pagada a consecuencia de la Fusión, para afectar potencialmente la competencia en los mercados conexos o relacionados: a través de (i) subsidios cruzados; (ii) ventas atadas, o (iii) empaquetamientos.

Dado ello, y a pesar de advertir el H. Tribunal que la materialización de estos riesgos sería de muy *difícil* ocurrencia por las características de la industria, impuso condiciones destinadas a mitigar tales riesgos.

Actualmente, sin embargo -y como se analizó latamente en la sección III de esta presentación-, VTR ya no tiene una posición dominante en el mercado relevante de la televisión pagada, por lo que carece -por consiguiente- de cualquier capacidad de abusar de ella para crecer artificialmente en los mercados conexos de la telefonía fija e internet de banda ancha a través de figuras como los subsidios cruzados o la venta atada. Esta sola razón es suficiente para concluir que los riesgos de conductas abusivas con efectos en los mercados conexos o relacionados que buscaba evitar el H. Tribunal en 2004 ya no existen y que, por ende, las medidas en cuestión perdieron su objeto o legitimidad funcional.

Sin perjuicio de ello, en lo que sigue se analiza la evolución que han tenido estos mercados conexos desde la Resolución N°1, de modo de comparar las condiciones de competencia

<sup>150</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, p. 44

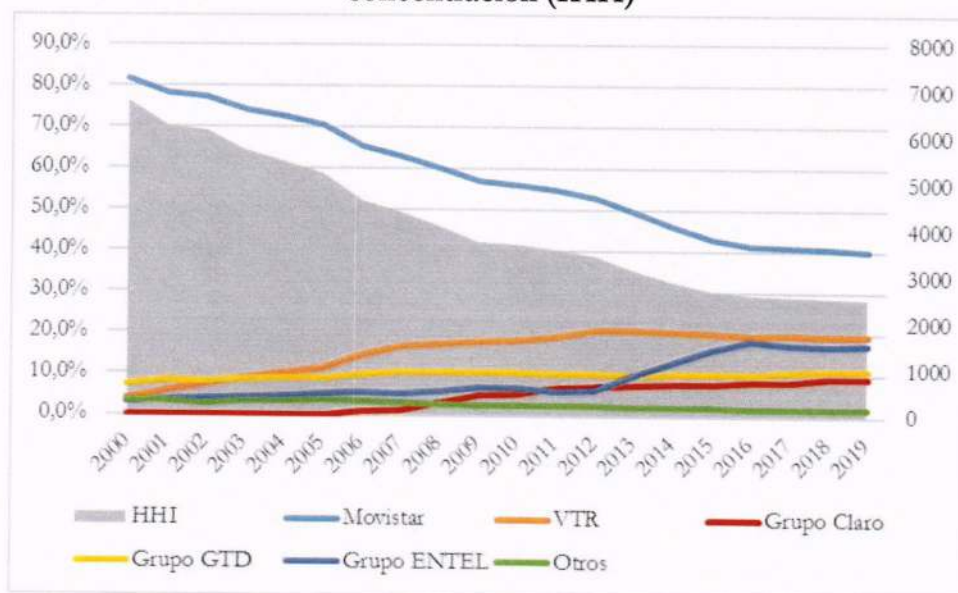


existentes en el 2006<sup>151</sup> con las condiciones actuales y aportar antecedentes que, de manera adicional, dan cuenta de la completa pérdida de *legitimidad funcional* de las Condiciones.

#### IV.1. Mercado conexo o relacionado de la telefonía fija

El siguiente gráfico muestra la evolución de las participaciones del mercado de la telefonía fija desde el año 2000 -año desde el cual existe información publicada por Subtel- a marzo de 2019:

**Gráfico N°6**  
**Participaciones de mercado de la telefonía fija (por número de suscriptores) e índice de concentración (IHH)<sup>152</sup>**



Fuente: elaboración propia sobre la base de las estadísticas Subtel a marzo de 2019.

A la fecha de la Resolución N°1, la antigua CTC (hoy Movistar) dominaba prácticamente sin contrapesos este mercado conexo con un 72,6% de participación. Tras los quince años que han transcurrido desde entonces, esta participación ha bajado casi a la mitad (40,2%) producto del crecimiento de sus competidores VTR (10,3% a 19,8%) y Entel (4,6% a 17,4 %), así como de la entrada de Claro (comenzando con un 1% en el año 2006 y terminando con 9,5% en marzo de 2019). Todo esto incide en la importante disminución del IHH en 2.960 puntos (desde 5.487 a 2.527) que muestra este mercado.

<sup>151</sup> En general y salvo la excepción de la telefonía fija (donde existe información desde el año 2000), en lo que sigue se utilizan cifras a partir de 2006 (y no de 2004, el año de la Fusión) por ser este el año más antiguo respecto del cual está disponible la información oficial que publica Subtel para todos los mercados en análisis. Si bien es cierto que la Resolución N°1 menciona a lo largo de su texto cifras de participación de los competidores en el mercado relevante de la televisión pagada y en los mercados relacionados de la telefonía fija e internet de banda ancha, no tenemos certeza de que esas cifras hayan sido obtenidas conforme a la misma metodología que utiliza Subtel para elaborar sus estadísticas y, por ende, que sean efectivamente comparables. Por ello, hemos optado por una aproximación conservadora, realizando todos los análisis de esta sección a partir de datos de una sola procedencia: Subtel.

<sup>152</sup> Se debe tener presente que, según los cálculos de las estadísticas de Subtel para telefonía fija, Grupo Claro incluye también a las empresas Telmex; el grupo GTD incluye a las empresas Telsat, Telcoy, Manquehue, CRELL y Telsur.



Estas cifras son un fuerte indicio de que el crecimiento de VTR en los últimos quince años ha permitido el surgimiento de una competencia efectiva a Movistar -según fuera previsto y esperado por la Resolución N°1, y fuera una eficiencia derivada de la Fusión, según se mostrara antes-, situación a la que también ha contribuido el desarrollo de Entel (que creció de forma importante entre 2012 y 2016), todo lo cual ha derivado en una significativa desconcentración de ese mercado.

Por último, es importante mencionar que este mercado ha continuado perdiendo suscriptores (una disminución anual promedio de 0,5%), tendencia que ya era visible en el año 2004, al punto de que fue reconocida por el H. Tribunal<sup>153</sup>, estableciendo a la telefonía móvil como un sustituto creciente de la telefonía fija. Esa tendencia de sustitución fue reconocida derechamente por el Informe N°2/2009 del H. Tribunal, que antes citáramos, el cual constató el carácter *disciplinador* de la telefonía móvil con respecto a la telefonía fija e incluso el mayor atractivo que estaba teniendo esta última a ojos de los consumidores a esa fecha, lo que sólo se ha incrementado, como resulta público y notorio, en los últimos años, evidencia de lo cual es la cantidad de consumidores que prescinde a esta fecha del teléfono fijo para hacer uso solamente del teléfono móvil<sup>154</sup>.

#### IV.2. Mercado conexo de internet de banda ancha

El escenario en este mercado es ligeramente distinto al anterior, pues su nivel de concentración post Fusión era significativamente menos preocupante que el existente en el mercado relevante de la televisión pagada y en el mercado conexo de la telefonía fija. Por lo tanto, y tal como se hubiera esperado, la disminución de dicha concentración ha sido comparativamente menos importante<sup>155</sup>:

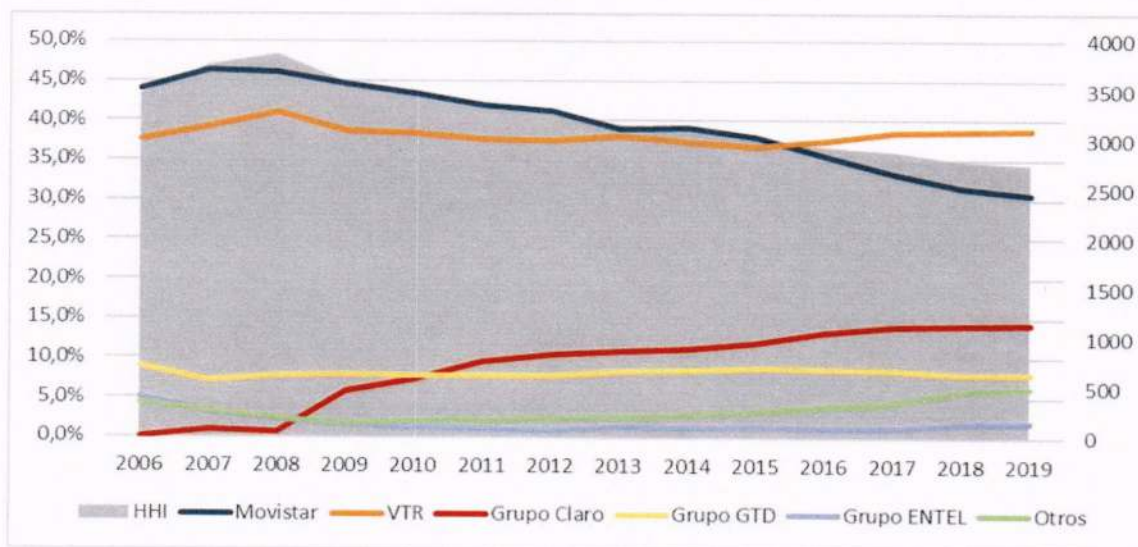
<sup>153</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, pp. 41

<sup>154</sup> De hecho, el número de líneas de telefonía fija residencial ha caído sostenidamente desde -al menos- octubre de 2016 y, más aun, desde diciembre de 2015 a diciembre de 2019 se observa una disminución del 19%.

<sup>155</sup> Hacemos presente desde ya al H. Tribunal que estos datos son conservadores, pues no consideran el efecto *disciplinador* de la banda ancha móvil el que, como se explica *infra*, se espera aumente de manera sustancial con la implementación de la tecnología 5G en Chile.



**Gráfico N°7**  
**Participaciones de mercado de internet de banda ancha (por número de suscriptores)**  
**e índice de concentración (IHH)<sup>156</sup>**



Fuente: elaboración propia sobre la base del “Informe Anual de Actividad del Sector Telecomunicaciones Año 2006” de Subtel y de las estadísticas Subtel a marzo de 2019.

Con todo, el índice de concentración desde el año 2007 -año desde el cual existe información publicada por Subtel- a marzo de 2019 ha caído 1.006 puntos. A pesar de no contarse con datos desde el 2004, dadas las participaciones existentes en esa fecha, es plausible sostener que la caída real en estos quince años ha sido ligeramente mayor a la cifra indicada.

En efecto, al momento de la Resolución N°1 y según consigna su propio texto, VTR tenía una participación de un 38%, cifra a la que se sumó el 12,62% de participación de MI, lo que arrojaba un total post Fusión de 50,62%<sup>157</sup>. A marzo de 2019, en cambio, la participación de VTR ha descendido a un 38,8%. Además, en ese momento la seguían Entel con un 15,4% y Terra con un 14,26%. Hoy Entel tiene un 2% y Terra no opera en la actualidad (pero utilizaba las redes de la antigua CTC, por lo que Movistar debiera entenderse como su continuadora).

En cualquier caso, la participación de VTR en este mercado conexo ha disminuido en el tiempo, por lo que no existen antecedentes que indiquen que se pudieron haber materializado los riesgos de *apalancamiento* identificados en la Resolución N°1 y que justificaron la fijación de algunas de sus Condiciones.

Finalmente, es importante destacar el crecimiento que ha tenido este mercado desde la Resolución N°1. En efecto, según las cifras de Subtel, la penetración por hogar del acceso a

<sup>156</sup> Se debe tener presente que, según los cálculos de las estadísticas de Subtel para internet fija, Movistar incluye a Terra; el Grupo Claro incluye también a las empresas Chilesat; el grupo GTD incluye a las empresas Telcoy, GTD Manquehue y Telsur; y el Grupo Entel incluye a las empresas Entelphone y Will.  
<sup>157</sup> H. Tribunal. Resolución N°1, pp. 41.



61

internet de banda ancha ha aumentado desde un 21,1% en el año 2006<sup>158</sup>, hasta un 49,7% en el año 2019<sup>159</sup>. Es decir, en términos reales (en otras palabras, considerando el crecimiento de la población), el número de hogares con acceso a internet de banda ancha se ha más que duplicado en el período. Como se mencionó en el caso de la televisión pagada, medir la penetración en términos de hogares es la forma correcta de hacerlo, dado que corresponde a un servicio fijo.

El análisis recién expuesto, debe decirse, es conservador, pues sólo considera datos de la banda ancha fija. Sin embargo, el acceso a internet a través de la banda ancha móvil<sup>160</sup>, que corresponde a las conexiones a internet a través de la red inalámbrica, es a estas alturas un sustituto cercano. A pesar de que actualmente este tipo de acceso a internet en hogares y negocios es menor en número de suscriptores en comparación con la banda ancha fija (1.223.034 en banda ancha móvil versus 3.284.349 en banda ancha fija), con la llegada de la tecnología 5G el escenario cambiará dramáticamente, pues una mejora importante en la rapidez de la internet inalámbrica la hará más atractiva para los usuarios, siendo plausible sostener que un mayor número de estos estarán dispuestos a sustituir un producto por otro.

Esta es, por lo demás, la reciente opinión de la FNE que, en la consulta de la Subtel sobre el límite máximo de tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico, Rol NC N°448-2018 del H. Tribunal, fue explícita en señalar que:

“29. [...] si bien el H. TDLC ha señalado que los servicios fijos no son sustitutos de los *móviles* debido a las características de movilidad y ubicuidad que poseen los servicios móviles a diferencia de los fijos, las nuevas generaciones de la *tecnología fija inalámbrica* permitirán prestar servicios que cumplirán dos condiciones simultáneamente (i) por una parte, complementen los servicios prestados tanto por redes móviles como fijas y, (ii) por otra, compitan con los servicios provistos por las redes fijas (*alámbricas*). [...]

33. Asimismo, considerando los avances en la tecnología inalámbrica, tanto fija como móvil (v.gr. *Multiple Input Multiple Output* o ‘MIMO’, LTE, 5G *Fixed Wireless Access* o ‘FWA’), las cuales permiten la provisión de altas velocidades de banda ancha, comparables con las de tecnologías fijas alámbricas, puede proyectarse que estas últimas enfrentarán una mayor competencia en el futuro próximo.

34. En el caso particular de la tecnología 5G, ésta, por su capacidad, permitirá un despliegue costo eficiente del acceso fijo inalámbrico, siendo, como señala Ericsson, una ‘atractiva alternativa a las soluciones cableadas’, ofreciendo también una banda ancha móvil de muy alta velocidad y capacidad. Por dicha razón, tanto los operadores tradicionalmente *fijos*, como los *móviles*, así como los operadores integrados o de multiservicios (v.gr. VTR,

<sup>158</sup> Estadística de Subtel disponible en: <https://www.subtel.gob.cl/graficos/> [última visita: 13 de agosto de 2019]. Se obtiene la penetración por hogar de internet de banda ancha calculando el número de hogares con la información sobre penetración de televisión pagada por hogar y el número de suscriptores totales televisión de pago. Luego, se dividen las conexiones totales de internet de banda ancha por dicho número de hogares.

<sup>159</sup> “Informe Trimestral del Sector Telecomunicaciones – Primer Trimestre 2019” de Subtel.

<sup>160</sup> Entendido como el acceso a internet de banda ancha a través de la conexión a redes inalámbricas, utilizando tecnología 2G o superior, a través de un dispositivo distinto a un teléfono celular.



Grupo GTD, Telefónica), debieran estar altamente interesados en dicha tecnología, que ofrece una solución dual -aumento de la conectividad a un costo eficiente y servicios móviles-”<sup>161</sup>.

Por lo tanto, a pesar de que la banda ancha móvil o inalámbrica no ha presentado hasta la fecha una penetración tan importante como la fija, sin duda es una fuerza *disciplinadora* para la banda ancha fija, efecto que todo indica evolucionará significativamente hacia un efecto de sustitución eficaz en los próximos años.

#### IV.3. Relación entre el mercado relevante de la televisión pagada y sus mercados conexos de la telefonía fija e internet de banda ancha

Dado que en los tres mercados estudiados -el mercado relevante y sus mercados conexos o *relacionados* para efectos de este proceso- están presentes en gran medida los mismos operadores de telecomunicaciones -siendo DirecTV la principal excepción-, es útil efectuar una mirada global de sus participaciones entre el año 2006<sup>162</sup> y 2019, así como de la disminución del IHH correspondiente:

**Tabla N°5**  
Comparación de la evolución de las participaciones de mercado (por número de suscriptores) y del IHH de los mercados de la televisión pagada, la telefonía fija e internet fija (2006 a 2019)

| Empresa          | Televisión pagada |      | Telefonía fija |      | Internet fija |      |       |
|------------------|-------------------|------|----------------|------|---------------|------|-------|
|                  | Año               | 2006 | 2019           | 2006 | 2019          | 2006 | 2019  |
| VTR (incluye MI) |                   | 77,9 | 32,6           | 14,9 | 19,6          | 37,6 | 38,8  |
| Movistar         |                   | 9,2  | 19,6           | 66,6 | 40,8          | 43,9 | 30,6  |
| Entel            |                   | 0    | 4,5            | 5,2  | 17,2          | 5,1  | 1,9   |
| Claro            |                   | 0    | 12,4           |      | 9,3           |      | 14,3  |
| GTD              |                   | 0    | 1              | 6,5  | 11,2          | 2,2  | 8,1   |
| DirecTV          |                   | 7,6  | 20,3           |      |               |      |       |
| IHH              |                   | 6211 | 2087           | 4727 | 2527          | 3372 | 2754  |
| Disminución      |                   |      | - 66%          |      | - 47%         |      | - 18% |

Fuente: elaboración propia sobre la base de la información del año 2006 contenida en el “Informe Anual de Actividad del Sector Telecomunicaciones Año 2006” de Subtel<sup>163</sup> y de las estadísticas Subtel a marzo de 2019.

Como se puede observar, en los tres mercados evaluados ha habido entrada<sup>164</sup> e importante crecimiento de competidores<sup>165</sup> (es decir, no se observan barreras a la entrada tales que hagan

<sup>161</sup> FNE. Escrito de aporte de antecedentes de fecha 28 de diciembre de 2018, rolante a fojas 1.388 y siguientes de los autos Rol NC N°448-2018 del H. Tribunal, pp. 18 a 21.

<sup>162</sup> Véase nota al pie N°148, *supra*.

<sup>163</sup> Para el cálculo de participaciones en el año 2006 se considera a Movistar como la continuación de la antigua CTC y Terra y a GTD como la continuación de Manquehue y Telefónica del Sur. Este es el mismo criterio que usa Subtel para entregar las participaciones de los grupos empresariales por servicio.



imposible la entrada o expansión de competidores) y, por lo tanto, se constata una disminución en sus niveles de concentración, por lo que no se advierte cómo los riesgos detectados en la Resolución N°1 podrían mantenerse, quince años después, dadas las condiciones actuales de competencia de los mercados referidos, especialmente en aquel relevante de la televisión pagada.

Además, ninguna firma lidera simultáneamente los tres mercados y, en los tres casos, la principal empresa es seguida de cerca por un competidor en términos de participación, lo que permite descartar de plano la existencia de una *posición dominante* de VTR. A esto se suma la ausencia de costos de cambio para sus clientes, según da cuenta la evidencia empírica existente a la que nos referimos en la sección III *supra* -el Informe Metalógica- y el hecho de que, en buena medida gracias a los esfuerzos de mi representada, en los últimos años se han implementado cruciales modificaciones legales y reglamentarias destinadas a asegurar la libre elección de los servicios de televisión de pago, internet y telefonía fija en los edificios y condominios.

En consecuencia, es un hecho cierto que, cualquiera sea la perspectiva desde la cual se analicen, las Condiciones contenidas en la Resolución N°1 perdieron su razón de ser u objeto, esto es, han sido desprovistas de su legitimidad funcional y, por lo anterior, corresponde que sean íntegramente alzadas. De lo contrario, se mantendría vigente una *regulación asimétrica* en perjuicio de la Compañía que, dada la estructura y características actuales del mercado relevante y sus mercados *relacionados*, ya no tendría un sentido económico y, además, paradójicamente perjudicaría el proceso competitivo y a los consumidores, según se explica a continuación.

## V.

### Efectos anticompetitivos derivados de una eventual mantención de la regulación asimétrica ordenada por la Resolución N°1

Como se vio *supra*, la finalidad buscada por la imposición de las Condiciones de la Resolución N°1 se cumplió a cabalidad y, por ende, éstas perdieron su legitimidad funcional. En consecuencia, las Condiciones deben ser alzadas en su totalidad por este H. Tribunal, en su calidad de órgano competente para conocer acerca del destino de las medidas de mitigación impuestas a quienes perfeccionaron operaciones de concentración con anterioridad al inicio de la vigencia de la Ley N°20.945 de 2016.

En lo que sigue, y como argumento adicional, explicaremos brevemente la importancia, desde una perspectiva económica, de que dicho alzamiento se verifique cuanto antes y, asimismo, expondremos cuáles serían las negativas consecuencias para la libre competencia de mantenerse vigente una regulación como aquella contemplada en las Condiciones, de carácter *asimétrico* (es decir, aplicable únicamente a VTR y no a sus competidores, a pesar de que la

<sup>164</sup> Entel (2013), Claro (2010) y GTD (2009) entraron al mercado de televisión pagada, según datos de Subtel.

<sup>165</sup> DirecTV en televisión pagada; Entel y Claro en telefonía fija; y Claro en internet banda ancha.



primera no cuenta a esta fecha con una *posición dominante* ni en el mercado relevante ni en sus mercados conexos o *relacionados*).

### V.1. La Resolución N°1 como instrumento de regulación asimétrica del tipo *dominant-firm intervention*: explicación teórica del daño que supone su mantención cuando desaparecen los supuestos económicos que motivaron su imposición

La Resolución N°1 ha implicado la intervención, por vía de una decisión del H. Tribunal, en el mercado relevante de la televisión pagada y en sus dos mercados conexos o *relacionados*<sup>166</sup>. Esta intervención puede ser categorizada como *regulación asimétrica*<sup>167</sup>.

En efecto, la Resolución N°1 se dictó en el contexto de las facultades que el DL 211 entregaba al H. Tribunal para conocer, a solicitud de parte, de "*hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse*", con el objeto de resguardar la libre competencia en los mercados, lo que era consistente con el compromiso del interés público por corregir *fallas de mercado*. Dicho de otro modo, las Condiciones fijadas por la Resolución N°1 fueron dictadas justamente para prevenir una eventual afectación sustancial a la competencia.

Por otro lado, la Resolución N°1 se concretó a través de un conjunto de mandatos expresados en obligaciones de hacer y no hacer dirigidas especialmente a VTR -las Condiciones-, sin la fijación -en muchas de ellas- de plazos ni condiciones explícitas para su terminación o vencimiento, sin perjuicio de su natural sujeción a criterios de *legitimidad funcional* o sustancial.

Atendidas las restricciones propias del procedimiento Rol NC N°2-2004 -en que se evaluaba la Fusión- y de las facultades entregadas al H. Tribunal, éste intervino el ámbito de acción de sólo una de las firmas que operaban en los mercados revisados -VTR-, la que fue calificada como *dominante* únicamente en el mercado relevante de la televisión pagada.

En consecuencia, el conjunto de Condiciones de la Resolución N°1, fijadas exclusivamente para VTR, constituyeron -según la tipología regulatoria- un caso de *regulación asimétrica del tipo dominant-firm intervention*<sup>168</sup>.

Ahora bien, mantener una regulación asimétrica cuando ésta ya no se justifica, disminuye la intensidad competitiva en el mercado y genera distorsiones en su organización industrial.

<sup>166</sup> Sobre el carácter de "*regulador del comercio*" del H. Tribunal cuando ejerce su Potestad Consultiva, véase: (i) Agüero V., Francisco. Informe en derecho titulado "*Incumplimiento y Modificación de Medidas de Mitigación Establecidas por el TDLC*", elaborado para la Fiscalía Nacional Económica, y acompañado a los autos Rol C N°279-2014; y (ii) Montt, Santiago. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas, documentos de trabajo 2009. Santiago: Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

<sup>167</sup> Ayres, Ian y Braithwaite, John. *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*. Oxford University Press, 1992, pp. 133 y siguientes. Estos autores la denominan "*Partial-Industry Intervention*".

<sup>168</sup> Ayres, Ian y Braithwaite, John. Op. Cit., p. 153. Estos autores explican que cuando la *regulación asimétrica* se dirige exclusivamente a la firma dominante a través de la imposición de ciertas restricciones comerciales o estructurales, toma el nombre de *dominant-firm intervention*. En este caso, el resto de las firmas quedan desreguladas y libres para explotar el mercado mediante las prácticas comerciales que estimen eficientes.



Como lo señalan Laffont, Rey y Tirole<sup>169</sup>, una regulación que impone condiciones *asimétricas* sobre un actor dominante solamente se justifica cuando los beneficios de limitar el ejercicio de poder de mercado sobre los potenciales actores desafiantes son mayores que los costos que supone disminuir los incentivos de la firma dominante para competir agresivamente. En otras palabras, cuando la suma de la competitividad agregada que ganarían los jugadores desafiantes sería mayor que las pérdidas de competitividad del jugador dominante<sup>170</sup>.

Como es evidente, cuando la empresa sujeta a *regulación asimétrica* deja de tener una *posición dominante*, como es el caso de VTR, su capacidad para ejercer poder de mercado desaparece y con ello disminuyen o desaparecen también los beneficios de fomentar la entrada y desarrollo de actores desafiantes y, por esa vía, propender a la competencia en el mercado. Si se mantiene entonces la *regulación asimétrica*, típicamente, los costos de ésta continúan, así como subsisten las restricciones a quien se había impuesto la regulación, limitándose así su competitividad. Mantener la *regulación asimétrica* en tales condiciones genera, entonces, una ineficiencia social neta, toda vez que limita en ese escenario la competitividad agregada del mercado<sup>171</sup>. En el extremo, la *regulación asimétrica* podría terminar fortaleciendo la posición de un jugador que originalmente era desafiante, pero que adquiere poder de mercado por las restricciones a la competitividad y los desincentivos existentes para la firma regulada *asimétricamente* para continuar invirtiendo, creciendo y actuando de forma agresiva<sup>172</sup>. Incluso puede terminar beneficiando ineficientemente a las contrapartes con poder de mercado de quien se encuentra afecto a las restricciones de la *regulación asimétrica* (por ejemplo, en este caso, a los grandes grupos proveedores de contenido, los que claramente ejercen poder de mercado en las relaciones comerciales que tienen con VTR).

Lo anterior, tratándose de los mercados de las telecomunicaciones, tiene consecuencias dinámicas en la organización industrial. En términos generales, la literatura que justifica la imposición de *regulaciones asimétricas* en telecomunicaciones tiene como referencia la situación de los mercados europeos de la telefonía fija, especialmente en cuanto a que el jugador dominante es normalmente una empresa privatizada, que había realizado sus inversiones antes de la liberalización del mercado y tiene sus costos hundidos<sup>173</sup>. Fuera de ese contexto, sin embargo, restringir las posibilidades de integración supone limitar las alternativas de financiamiento para construir y expandir una red de telecomunicaciones o aprovechar de otra manera eficiencias que podrían reducir la *doble marginalización*.

<sup>169</sup> Laffont, Jean-Jacques, Rey, Patrick y Tirole, Jean. "Competition between telecommunications operators". *European Economic Review* 41.3-5 (1997), pp. 701 a 711.

<sup>170</sup> Peitz, Martin. "Asymmetric access price regulation in telecommunications markets". *European Economic Review* 49.2 (2005), pp. 341 a 358.

<sup>171</sup> Perrucci, Antonio y Cimattoribus, Michela. "Competition, convergence and asymmetry in telecommunications regulation". *Telecommunications Policy* 21.6 (1997), pp. 493 a 512.

<sup>172</sup> Valletti, Tommaso y Cambini, Carlo. "Investments and network competition". *RAND Journal of Economics* (2005), pp. 446 a 467.

<sup>173</sup> Peitz, Martin. "Asymmetric regulation of access and price discrimination in telecommunications". *Journal of Regulatory Economics* 28.3 (2005), pp. 327 a 343.



Un ejemplo de lo anterior es descrito por Chou y Liu respecto de la regulación de las telecomunicaciones en Taiwán<sup>174</sup>. El establecimiento de una *regulación asimétrica* en la telefonía móvil permitió integrar a nuevos jugadores y disminuir el poder de mercado de los actores dominantes. Sin embargo, con el tiempo, los beneficios de la *regulación asimétrica* pasaron a constituir rentas supra-competitivas para los nuevos entrantes. En estas condiciones, éstos adquirieron poder de mercado y comenzaron a promover cambios regulatorios para fortalecer su poder.

Asimismo, las empresas participantes en dichos mercados suelen distinguirse en términos tecnológicos, esto es, en cuanto a la tecnología que cada empresa utiliza para proveer sus servicios. Desde esta perspectiva, una *regulación asimétrica* en este mercado puede introducir sesgos tecnológicos, llegando incluso a presentar como más eficiente una tecnología o forma de producción que carecería de dicha ventaja si la regulación no existiera.

En definitiva, las *regulaciones asimétricas* necesitan estar limitadas en el tiempo para evitar que su continuación, más allá del contexto que las justificó originalmente, introduzca nuevas y graves distorsiones al funcionamiento del mercado de que se trata y, con ello, afecte en definitiva al consumidor en términos de mayores precios, menor variedad o calidad de servicio, afectación a la innovación y, eventualmente, presencia de competidores menos eficientes.

Para entender cómo ello ocurre hoy en el mercado relevante de la televisión pagada y sus mercados conexos analizados en esta presentación, es útil revisar una a una las Condiciones impuestas por la Resolución N°1 y explicar cómo, en concreto, a quince años de su imposición, y en circunstancias de mercado y regulatorias radicalmente diferentes, ellas distorsionan su organización industrial al punto de restringir -en vez de proteger- la competencia.

## V.2. Análisis de las Condiciones y su afectación actual de la competencia en el mercado relevante de la televisión pagada y sus mercados conexos o relacionados de la telefonía fija e internet de banda ancha

En este acápite se describe cómo todas las Condiciones impuestas a la Compañía no sólo han dejado de ser necesarias, sino que, además, su mantención perjudica la competencia en los mercados analizados, dando cuenta de lo contraproducente que resulta el conservar una *regulación asimétrica* cuando ésta ha perdido su *objeto*.

Para ello, en lo que sigue se expone un análisis de cada una de las Condiciones:

“**PRIMERA.** El grupo controlador de la empresa fusionada no podrá participar, ni directa ni indirectamente, por sí o por medio de personas relacionadas -en los términos previstos en el artículo 100 del Ley del Mercado de Valores, N°18.045-, en la propiedad de compañías operadoras de televisión satelital o vía microondas en Chile, debiendo

<sup>174</sup> Chou, Yuntsai y Liu, Kung-Chung. "Paradoxical impact of asymmetric regulation in Taiwan's telecommunications industry: restriction and rent seeking". *Telecommunications Policy* 30.3-4 (2006), pp. 171 a 182.



71  
proceder a la enajenación de cualquier participación que mantenga actualmente en sociedades que exploten ese giro, dentro del plazo de seis meses contados desde la fecha de la presente resolución”.

Esta primera Condición apuntaba básicamente a impedir la participación de VTR en la propiedad de empresas que prestaran servicios de televisión satelital (y también televisión vía microondas, aunque la incidencia de esa tecnología es, a esta fecha, prácticamente nula), con el objetivo de que esta última tecnología se constituyera en un sustituto o competidor efectivo de la tecnología HFC y desafiara, en el mediano y largo plazo, la -en ese entonces- hegemonía del cable.

Los hechos demuestran que ha ocurrido exactamente lo que el H. Tribunal vaticinó en la Resolución N°1, pues efectivamente en el mediano plazo el dinamismo tecnológico y el desarrollo de los servicios satelitales aumentaron significativamente la competencia en el mercado relevante de la televisión pagada, facilitando el surgimiento de nuevos competidores y el crecimiento de aquellos que en 2004 eran muy pequeños, diluyendo, por consiguiente, la *posición de dominio* que VTR adquirió *transitoriamente* tras la Fusión.

Mantener en las circunstancias actuales la vigencia de la Condición Primera implicaría bloquear innecesaria e injustificadamente el desarrollo y expansión de la televisión pagada, por la vía de limitar el ámbito de posibilidades de que dispone VTR para crecer utilizando variadas tecnologías, cuestión que sí hacen sus principales competidores: Movistar, por ejemplo, ofrece un servicio de televisión satelital e IPTV y, además, recientemente incorporó a su portafolio el producto Movistar Play, una plataforma OTT que combina contenido lineal y no lineal. Claro, por su parte, combina ofertas de televisión por cable y televisión satelital.

Cabe hacer énfasis en los antecedentes expuestos *supra* que demuestran que la mayor expansión del mercado relevante de la televisión pagada se ha producido en el ámbito de la televisión satelital, en comparación a las conexiones alámbricas, cuestión que tiene evidentes justificaciones en los menores costos de despliegue de la primera. Luego, privar de forma absoluta a VTR de participar en la propiedad de empresas que prestan este servicio cuando ya no mantiene una *posición de dominio* no sólo es injustificado, sino que atenta contra el sentido y espíritu del establecimiento de las Condiciones por parte del H. Tribunal.

Lo anterior, especialmente considerando que en la actualidad existe en Chile un sistema de control preventivo y obligatorio de operaciones de concentración, incorporado por la Ley N°20.945 de 2016, el cual asegura que las transacciones relevantes sean revisadas *ex ante* por la FNE, quien cuenta con las potestades para aprobarlas, con o sin medidas de mitigación, y rechazarlas, según el caso.

“SEGUNDA. Se prohíbe a la empresa fusionada participar, directamente o a través de personas relacionadas, en la propiedad de aquellas empresas calificadas como dominantes por la Resolución N°686, de 20 de mayo de 2003 de la H. Comisión Resolutiva, en el mercado de la telefonía fija. Del mismo modo, deberá ponerse término al pacto vigente entre CTC y MI dentro del plazo de seis meses a contar de la fecha de la presente Resolución. Asimismo, todo acto o convención entre la empresa fusionada o sus



relacionadas con aquellas compañías dominantes antes definidas, que impliquen actuaciones comerciales conjuntas o algún nivel de coordinación en la operación de ellas, en cualquier mercado de telecomunicaciones, deberá ser sometido a la aprobación previa de este Tribunal”.

Esta condición se explica, básicamente por el hecho de que, al momento de aprobarse la Fusión, MI mantenía acuerdos de comercialización conjunta con la entonces empresa *dominante* en telefonía fija CTC (actual Movistar). Dado que, como se explicó *supra* en la sección II.1, el objetivo explícito al aprobarse la Fusión era potenciar una alternativa competitiva a los operadores *dominantes* de la telefonía fija local, resultaba natural exigir que VTR no pudiera integrarse con tales compañías.

Pues bien, es un hecho que hoy mi representada no es *dominante* en el mercado relevante de la televisión pagada (ni, ciertamente, tampoco lo es en el mercado conexo de la telefonía fija). Al respecto, nos remitimos a lo señalado en las secciones III y IV de esta presentación. Por ende, la medida ha perdido *objeto*.

Pero, además, carece de sentido que VTR, no siendo *dominante*, vea artificialmente limitada su capacidad de interacción comercial con otras empresas de telecomunicaciones, cuando ellas pueden hacerlo entre sí, más aun considerando que estas interacciones pueden ser controladas a través del régimen general de protección de la libre competencia y, en muchas ocasiones, deben serlo en atención al régimen obligatorio de control preventivo de operaciones de concentración contemplado actualmente en los artículos 46 y siguientes del DL 211 -que incluye ciertos tipos de *joint ventures*-.

“**TERCERA.** En concordancia con el Decreto N°742 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en el caso de que la empresa fusionada realice ofertas conjuntas de distintos servicios de telecomunicaciones, deberá señalar en éstas, separadamente y en forma clara, el valor o precio y las condiciones de cada uno de los servicios ofertados.

Se prohíbe asimismo a la empresa fusionada comercializar en forma atada, esto es, ‘imponiendo a una venta la de otro producto’ en los términos del Art. 3, letra b), del DL 211, la oferta de televisión por cable con la de acceso a Internet de banda ancha y/o con la de telefonía fija. Tampoco podrá realizar ventas atadas de cualquier combinación entre estos servicios. Sí podrá ofertarlos en forma conjunta siempre que la aceptación de la oferta por parte de los consumidores sea totalmente libre y voluntaria. Tampoco podrá discriminar en la calidad de la parrilla programática de la TV por cable ni en la de cualquiera de los servicios de telecomunicaciones, atendiendo al número de ellos que el consumidor contrate”.

Esta tercera Condición resulta superflua a la luz de: (i) las reglas que fijaron las Instrucciones de Carácter General N°2/2012 del H. Tribunal (“ICG N°2”) sobre esta materia, en especial en aquella parte en que reguló las ofertas conjuntas de servicios de telecomunicaciones para todos



los actores de la industria; (ii) la regulación sectorial<sup>175</sup>; y (iii) la regulación de protección de los derechos de los consumidores<sup>176</sup>.

“CUARTA. La empresa fusionada deberá realizar una oferta mayorista, de carácter público, no discriminatoria y de acuerdo a los precios competitivos del mercado de acceso a internet banda ancha, para cualquier ISP [Internet Service Provider o Proveedor de Servicio de Internet]”.

Esta medida debe dejarse sin efecto porque fue establecida en el entendido de que VTR mantenía una *posición de dominio* en el mercado relevante de la televisión pagada, la cual podía eventualmente intentar mantener restringiendo estratégicamente la oferta de acceso a internet de banda ancha (alámbrica) a operadores mono producto de televisión pagada, de modo tal de evitar o entorpecer la entrada de éstos al mercado conexo de internet de banda ancha y privarles de la posibilidad de tener una red multiservicios y comercializar paquetes de dos o más productos (tal como lo hace VTR y la gran mayoría de los proveedores de servicios de telecomunicaciones).

Sin embargo, actualmente VTR no es dominante en el mercado relevante de la televisión pagada y, adicionalmente, como se vio en la sección IV supra, el mercado de la internet de banda ancha ha visto intensificada su competencia desde la Fusión, previéndose una profundización de dicho fenómeno asociado a la masificación de los servicios de internet móvil ilimitado y de alta velocidad, los que se espera compitan cercanamente con los servicios de banda ancha fija por la preferencia de los usuarios, especialmente una vez que se despliegue la tecnología 5G en nuestro país.

Luego, la gran mayoría de los actores de la industria tales como Movistar, Claro, Entel, GTD, Telefónica del Sur, entre otros, mantienen ya por años una oferta multiservicio; tanto es así, que el H. Tribunal tuvo que dictar las ICG N°2 para regular la materia desde la perspectiva de la libre competencia<sup>177</sup>.

Por todo lo anterior, no existe a la fecha fundamento alguno para que la Compañía deba soportar deberes regulatorios a los que no están sujetos sus competidores: VTR ya no tiene la capacidad de restringir la oferta de acceso a internet de banda ancha para afectar la competencia en dicho mercado ni en el de la televisión pagada y sus competidores cuentan con ofertas multiservicio.

“QUINTA. Se prohíbe a la empresa fusionada usar su poder de mercado sobre terceros programadores que vendan señales o producciones de TV pagada, para negar

<sup>175</sup> En particular, los artículos 3, 12, 14,15, 28 y 63 del Reglamento de Servicios de Telecomunicaciones.  
<sup>176</sup> En concreto, el artículo 12 B. del texto actualmente vigente de la Ley N°19.496 que “*establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores*”.  
<sup>177</sup> En particular, en dichas instrucciones el H. Tribunal constató que las cinco principales empresas de telecomunicaciones - VTR, Movistar, Entel, Claro y GTD- participan en todos o en la mayoría de los distintos segmentos de dicha industria, a saber: (i) televisión de pago; (ii) telefonía fija; (iii) internet fija; (iv) telefonía móvil; e (v) internet móvil. Al respecto, véase especialmente el considerando septuagésimo segundo de las ICG N°2.



injustificadamente la compra, u ofrecer por ellas un precio que no tenga relación con las condiciones de competencia del mercado.

**SEXTA.** La empresa fusionada deberá renunciar y no aceptar en el futuro actuar como agente o distribuidor para nuestro país de los canales temáticos producidos o distribuidos nacional o internacionalmente.

Asimismo, la empresa fusionada renunciará y no aceptará en el futuro exclusividad alguna respecto de derechos de retransmisión televisiva de largometrajes cinematográficos, canales temáticos u otros producidos por cualquier empresa nacional o internacional de contenidos, estén o no relacionados con la controladora Liberty Media, condición que no se hace extensiva a los acuerdos o contratos de transmisión exclusiva de eventos específicos”.

Las Condiciones Quinta y Sexta se refieren a deberes establecidos en función del mismo riesgo, esto es, el eventual traspaso del poder de mercado de la Compañía en el mercado relevante de la televisión pagada hacia la *faz aguas arriba* de adquisición de contenido, ya sea por la vía de imponer precios u otras condiciones de compra abusivas, o bien a través del favorecimiento que pudiese existir a un proveedor integrado verticalmente.

Las medidas, en este caso, no sólo han perdido fundamento por la falta de *posición de dominio* de la cual podría la Compañía abusar, sino que además resultan injustificadas por la inexistencia de una integración vertical significativa con proveedores de contenido, a diferencia de lo que ocurría en la época de la Fusión.

Todo lo anterior hace que el tratamiento diferenciado que la Resolución N°1 ha impuesto a VTR en su relación comercial con los proveedores de contenido haya devenido en injustificado e, incluso, pueda catalogarse de arbitrariamente discriminatorio.

En efecto, ¿por qué empresas como DirecTV y Movistar pueden tener exclusividades de derechos de retransmisión televisiva y la Compañía no, en circunstancias de que ello mina la capacidad competitiva de mi representada frente a los primeros, impidiéndole diferenciar y hacer más atractiva su oferta de cara a -y en beneficio de- los consumidores?

Este trato desigual se entiende aún menos si consideramos que la normativa general de libre competencia contenida en el DL 211 dispone de las herramientas necesarias para la persecución de casos de abusos de posición dominante, a las que cualquier persona, natural o jurídica, puede recurrir en caso de estimar ser víctima de tales conductas.

Finalmente, cabe advertir a este respecto algo que ya fue enunciado *supra*, en cuanto a que en la actualidad son los grandes grupos programadores -AT&T/WarnerMedia y Disney, básicamente- los que ejercen poder de mercado contra VTR, al imponerle ventas atadas de canales y otras exigencias que dan cuenta de la desmedrada posición de negociación -y, por ende, de la falta de *dominancia*- de esta solicitante.



75

“SÉPTIMA. Se establece como condición de la operación la oferta de los consultantes contenida a fs.188, en orden a que la empresa resultante no realizará alzas de los precios ni disminuciones en la calidad programática en las zonas actualmente abastecidas durante los próximos tres años posteriores a la fecha de la materialización de la fusión, fuera de la variación de sus costos”.

Esta medida no requiere de mayor análisis, en tanto la misma contemplaba un plazo de expiración que ya se ha verificado con creces y que, mientras estuvo vigente, fue siempre cumplida por VTR, tal como lo demuestra el hecho de que jamás recibió reproche alguno sobre la materia de parte de la FNE, organismo encargado de fiscalizar su cumplimiento, por expreso mandato de la Resolución N°1.

Por lo demás, y tal como se mostró *supra* en la sección III.2.2.b.3 de este escrito, desde el año 2004 a la fecha VTR ha disminuido en términos reales (esto es, considerando la inflación) sus precios a público. Ello sólo confirma cómo es efectivo que, en realidad, el riesgo de alza de precios nunca se materializó, ni durante dicho período de tres años, ni después.

“OCTAVA. La empresa fusionada deberá mantener una única política de precios uniforme para todo el territorio nacional sin discriminar entre zonas con o sin presencia de otros operadores que brinden servicios de Televisión pagada, mediante cualquier plataforma”.

Por último, la Resolución N°1 impuso esta medida de prohibición de discriminación por zonas, la que era consistente con el establecimiento de la Condición Primera, ya que buscaba asegurar el impulso y crecimiento de la tecnología satelital para la provisión de servicios de televisión de pago, todo ello en beneficio de los consumidores.

Tal objetivo se cumplió con creces, al punto que VTR enfrenta fuerte competencia a lo largo de todo el país y ya no cuenta con una *posición dominante* en el mercado relevante. Por ende, esta medida dejó de tener sentido, al que igual que la Condición Primera.

Es más, actualmente es posible sostener que esta restricción limita la actuación pro competitiva de VTR pues restringe severamente, por ejemplo, su capacidad de competir en precios en zonas especialmente atomizadas, o donde los equilibrios competitivos así lo requieran, debiendo cobrar lo mismo en todo el país. Ello, como es evidente, perjudica a los consumidores de esas zonas, que se ven privados de la posibilidad de una competencia en precios más intensiva.

Finalmente, y a modo de resumen, en la siguiente Tabla se puede leer una síntesis de los principales argumentos para alzar cada una de las Condiciones impuestas en la Resolución N°1:



Tabla N°6

Síntesis de argumentos que demuestran que los riesgos mitigados por las Condiciones han desaparecido por razones de mercado y regulatorias

| Condición      | Riesgo que buscaba prevenir <sup>178</sup>   | Nuevo antecedente que elimina el riesgo identificado   |
|----------------|--|--|
| <b>Primera</b> | Mantención de la <i>posición dominante</i> en televisión pagada de VTR a través de la adquisición de competidores satelitales.   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- VTR ya no tiene una <i>posición dominante</i> en el mercado relevante de la televisión pagada.</li> <li>- Alta penetración de operadores satelitales en el mercado (que limita la expansión de VTR a través de accesos satelitales).</li> <li>- Disminución considerable de la concentración en el mercado de la televisión pagada.</li> <li>- Establecimiento del nuevo sistema de control preventivo y obligatorio de operaciones de concentración.</li> </ul>  |
| <b>Segunda</b> | Mantención de la <i>posición dominante</i> en televisión pagada de VTR y <i>apalancamiento</i> hacia el mercado de la telefonía fija.  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- VTR ya no tiene una <i>posición dominante</i> en el mercado relevante de la televisión pagada sobre la cual <i>apalancarse</i>.</li> <li>- Disminución considerable de la concentración en el mercado de la telefonía fija.</li> </ul>  |
| <b>Tercera</b> | Abusos a consumidores por parte de VTR.  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Materia está explícitamente regulada en las ICG N°2, aplicables a toda la industria, así como en la normativa sectorial y de protección de los consumidores.</li> </ul>   |
| <b>Cuarta</b>  | Abuso de la <i>posición dominante</i> en televisión pagada a través de la restricción de oferta en el mercado de internet de banda ancha, entorpeciendo la entrada en ambos mercados simultáneamente por vía de <i>packs</i> . | <ul style="list-style-type: none"> <li>- VTR ya no tiene una <i>posición dominante</i> en el mercado relevante de la televisión pagada sobre la cual <i>apalancarse</i>.</li> <li>- Desconcentración en el mercado de internet de banda ancha (fija/alámbrica).</li> <li>- Efecto disciplinador de la internet inalámbrica/móvil en aumento, esperándose una evolución hacia un efecto de sustitución con el desarrollo de la tecnología 5G.</li> <li>- Empresas ya compiten hace años por medios de <i>packs</i> como se reconoció en las ICG N°2.</li> </ul> |

<sup>178</sup> De acuerdo con el mejor entendimiento de la Compañía de la Resolución N°1 y sus fundamentos, considerando que la misma no explicitó, condición por condición, los riesgos que buscó mitigar.



|                            |  |  |
|----------------------------|--|--|
| <p><b>Quinta/Sexta</b></p> | <p>Abuso de <i>posición dominante aguas arriba</i> en la adquisición de contenidos.</p>                            | <ul style="list-style-type: none"> <li>- VTR ya no tiene una <i>posición dominante</i> en el mercado relevante de la televisión pagada sobre la cual <i>apalancarse</i> ni está integrado verticalmente en una medida mínimamente significativa con proveedores de contenido.</li> <li>- Dramático aumento de los niveles de concentración en la faz <i>aguas arriba</i> de provisión de contenidos de televisión de pago.</li> <li>- Restricción a los contenidos propios afecta competitivamente a VTR en su capacidad de diferenciarse y perjudica, por consiguiente, a los consumidores.</li> <li>- Normativa general de defensa de la libre competencia contenida en el DL 211 ya dispone de las herramientas necesarias para la persecución de casos de abusos de posición dominante.</li> </ul> |
| <p><b>Séptima</b></p>      | <p>No vigente</p>  |  |
| <p><b>Octava</b></p>       | <p>Abusos de <i>posición dominante</i> en zonas con condiciones disímiles de competencia en televisión pagada.</p> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- VTR ya no tiene una <i>posición dominante</i> en el mercado relevante de la televisión pagada.</li> <li>- Crecimiento de operadores satelitales a lo largo del país con menores limitaciones técnicas y de costos de despliegue.</li> <li>- Irrupción de las plataformas OTT.</li> <li>- Restringe la capacidad competitiva de VTR para reaccionar vía competencia en precios cuando los equilibrios de mercado así lo requieran.</li> </ul>  |

Fuente: elaboración propia.

En definitiva, es posible apreciar como las exigencias conductuales impuestas a VTR redundan en una importante rigidez en la operación del negocio de televisión pagada de la Compañía, la que contrasta con la flexibilidad que tienen sus competidores para, por ejemplo, asegurar la distribución de contenidos en exclusiva o establecer precios diferenciados cuando los equilibrios de mercado así lo ameritan. Así, el efecto indeseado de esta regulación asimétrica es reducir la presión competitiva que enfrentan los demás actores de la industria -los que, por las razones ya señaladas, no requieren en la actualidad de una protección especial para su desarrollo-, en comparación con un eventual escenario de competencia sin *regulación asimétrica*.

Por otro lado, las medidas estructurales impuestas a VTR le impiden aprovechar las economías de escala y ámbito que sí están al alcance de sus competidores. Por lo demás, éstas dejan de ser necesarias en el contexto de la vigencia de un sistema obligatorio de control preventivo de operaciones de concentración, aplicable por igual a todos los agentes económicos de los



mercados en análisis. Todo ello confirma la necesidad imperiosa de alzar íntegramente las Condiciones, cuanto antes.

VI.

**Conclusión: pertinencia y necesidad de alzar las Condiciones de la Resolución N°1**

Todo lo expuesto a lo largo de este escrito debiera conducir necesariamente al H. Tribunal a considerar que el alzamiento de las Condiciones de la Resolución N°1 es una medida pertinente, justificada y necesaria para proteger la competencia en el mercado relevante de la televisión pagada y en sus mercados conexos o relacionados.

Como se indicó *supra*, las medidas impuestas por el H. Tribunal encuentran un límite necesario en su *legitimidad funcional*; esto es, en el cumplimiento de los fines precisos que se persiguió con su establecimiento. Asimismo, las medidas impuestas con anterioridad al cambio legal introducido por la Ley N°20.945, son susceptibles de control y eventual modificación mediante la interposición de un asunto no contencioso ante este H. Tribunal, según se desprende de una correcta interpretación de los artículos 32 y 18 N°2 del DL 211. El éxito de una eventual modificación depende de que se aporten nuevos antecedentes que resulten pertinentes y adecuados para una nueva decisión que reemplace a la anterior.

Al respecto, y como se mostró, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado variadas formulaciones de los requisitos que deben cumplir estos *nuevos antecedentes*. No obstante, en general hay acuerdo en que debe tratarse de antecedentes sobrevinientes, directamente relacionados con la decisión primigenia y con la suficiente relevancia como para alterarla.

Este es precisamente el caso respecto de la Resolución N°1 y sus Condiciones: hoy concurren nuevos antecedentes que hacen necesario su completo alzamiento. Esa es la convicción de VTR, apoyada en los contundentes antecedentes fácticos, económicos y jurídicos a que se ha hecho referencia a lo largo de esta presentación.

La razón basal de la imposición de lo que es, en efecto, una *regulación asimétrica* en perjuicio de VTR -las Condiciones-, fue la *posición de dominio transitoria* que VTR adquirió post Fusión en el mercado relevante de la televisión pagada.

A este respecto, y conforme a los datos oficiales entregados en la sección III, VTR no cuenta actualmente con tal posición dominante. Muy por el contrario, el mercado relevante de la televisión pagada ha evolucionado de forma tal que hoy exhibe un dinamismo competitivo considerable y han surgido nuevos actores que desafiaron -y desafían- efectivamente a la Compañía, al punto que pasó de tener un 88,4% de participación de mercado -post Fusión-, a sólo un 32,6% a marzo de 2019.

Por lo tanto, la premisa sobre la cual se dictaron las Condiciones ha sencillamente desaparecido y éstas, consecuentemente, perdieron su legitimidad funcional, siendo éste el *nuevo antecedente que justifica revisarlas y, en definitiva, alzarlas.* De otro modo, (i) se mantendrá un gravamen injusto sobre el sujeto pasivo de la regulación -VTR-; y (ii) se perpetuará una distorsión en el



funcionamiento del mercado relevante de la televisión pagada, que ya no se justifica, perjudicando su desempeño agregado y el de sus mercados conexos o relacionados.

En conclusión, siendo el cometido esencial de este H. Tribunal la protección del libre y correcto funcionamiento de los mercados, sus intervenciones de tipo regulatorio sólo se encuentran justificadas cuando las circunstancias materiales existentes en un mercado concreto no dan garantías suficientes de que tal objetivo pueda lograrse en ausencia de regulación. Hoy tales garantías existen y, por ende, solicitamos que la *regulación asimétrica* que pesa sobre VTR quede sin efecto.

**POR TANTO**, en mérito de lo expuesto, y de lo dispuesto en los artículos 18 N°2, 31, 32 y demás normas pertinentes del DL 211 y demás normativa citada,

**AL HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE PIDO:** tener por iniciado el presente asunto no contencioso y, sobre la base de los *nuevos antecedentes* fácticos y económicos presentados *supra*, así como de los argumentos de derecho y económicos enunciados a lo largo de esta presentación, alzar íntegramente las Condiciones impuestas a VTR Comunicaciones SpA -en su calidad de sucesora legal de Metrópolis Intercom S.A.- por la Resolución N°1/2004 de este H. Tribunal o, en subsidio, adoptar la decisión que, dentro del *objeto* de este proceso, el H. Tribunal estime ajustada a derecho sobre la base de los *nuevos antecedentes* invocados en esta presentación.

**PRIMER OTROSÍ:** De acuerdo con lo dispuesto en el Auto Acordado N°7/2006 del H. Tribunal, acompaño versiones electrónicas del presente escrito en formatos Word y PDF, las cuales están contenidas en el disco compacto N°1 adjunto a esta presentación. ✓

**Solicito al H. Tribunal:** tener por acompañadas las versiones electrónicas de este escrito.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Solicito al H. Tribunal tener por acompañados los documentos que a continuación se listan, todos los cuales se contienen en el disco compacto N°1 adjunto a esta presentación:

- A. Para efectos de acreditar que VTR Comunicaciones SpA es la sucesora legal de Metrópolis Intercom S.A., empresa que fue adquirida el 13 de abril de 2005 por VTR GlobalCom S.A. (matriz de la -entonces- VTR Banda Ancha S.A., sociedad a través de la cual, en ese momento, VTR prestaba servicios de televisión pagada y de internet de banda ancha a sus clientes), acompaño copias simples de los siguientes documentos:
  - 1) Reducción a escritura pública del acta de la junta extraordinaria de accionistas de VTR GlobalCom S.A. de fecha 13 de abril de 2005, otorgada en la Cuadragésimo Octava Notaría de Santiago de don José Musalem Saffie, bajo el repertorio N°4.287-2005, la cual da cuenta de que dicha sociedad pasaría a controlar Metrópolis Intercom S.A. tras adquirir las acciones de propiedad de Cristalerías de Chile S.A. y Liberty Comunicaciones de Chile Uno Limitada.



- 2) Escritura pública otorgada el 13 de abril de 2005 en la Cuadragésimo Octava Notaría de Santiago de don José Musalem Saffie, bajo el repertorio N°4.293-2005, que contiene el contrato de suscripción y pago de acciones de Metrópolis Intercom S.A. celebrado entre VTR GlobalCom S.A. y Cristalerías de Chile S.A.
- 3) Escritura pública otorgada el 13 de abril de 2005 en la Cuadragésimo Octava Notaría de Santiago de don José Musalem Saffie, bajo el repertorio N°4.292-2005, que contiene el contrato de compraventa de acciones de Metrópolis Intercom S.A. celebrado entre VTR GlobalCom S.A. y Liberty Comunicaciones de Chile Uno Limitada.
- 4) Reducción a escritura pública del acta de la junta extraordinaria de accionistas de Metrópolis Intercom S.A., otorgada con fecha 15 de junio de 2006 en la Cuadragésimo Octava Notaría de Santiago de don José Musalem Saffie, bajo el repertorio N°7.218-2006, en virtud de la cual sus accionistas acordaron un aumento de capital y la modificación de la razón social a VTR Banda Ancha (Chile) S.A.
- 5) Escritura pública otorgada el 3 de julio de 2006 en la Cuadragésimo Octava Notaría de Santiago de don José Musalem Saffie, bajo el repertorio N°8.253-2006, que contiene un contrato de suscripción y pago de acciones entre VTR GlobalCom S.A. y VTR Banda Ancha (Chile) S.A. (antes Metrópolis Intercom S.A.).
- 6) Escritura pública de declaración de disolución de VTR Banda Ancha S.A., otorgada con fecha 3 de julio de 2006 en la Cuadragésimo Octava Notaría de Santiago de don José Musalem Saffie bajo repertorio N°8.254-2006, a consecuencia de haber pasado a ser VTR Banda Ancha (Chile) S.A. (antes Metrópolis Intercom S.A.) titular del 100% de las acciones de la primera.
- 7) Reducción a escritura pública del acta de la junta extraordinaria de accionistas de VTR Banda Ancha (Chile) S.A. (antes Metrópolis Intercom S.A.) de fecha 31 de diciembre de 2013, otorgada en la Cuadragésimo Octava Notaría de Santiago de don José Musalem Saffie, bajo el repertorio N°16.992-2013, en virtud de la cual los accionistas de dicha sociedad acordaron, entre otras materias, transformarla en una sociedad por acciones, pasando su razón social a ser VTR Banda Ancha (Chile) SpA.
- 8) Reducción a escritura pública del acta de la junta extraordinaria de accionistas de VTR Banda Ancha (Chile) SpA (antes VTR Banda Ancha (Chile) S.A. y previamente Metrópolis Intercom S.A.) de fecha 31 de diciembre de 2014, otorgada en la Cuadragésimo Octava Notaría de Santiago de don José Musalem Saffie, bajo el repertorio N°16.581-2014, en virtud de la cual los accionistas de dicha sociedad acordaron fusionarla e incorporarla a VTR Wireless SpA, siendo esta última la entidad sobreviviente y la sucesora de VTR Banda Ancha (Chile)



SpA (antes VTR Banda Ancha (Chile) S.A. y previamente Metrópolis Intercom S.A.) para todos los efectos legales.

- 9) Reducción a escritura pública del acta de la junta extraordinaria de accionistas de VTR Wireless SpA de fecha 31 de diciembre de 2014, otorgada en la Cuadragésimo Octava Notaría de Santiago de don José Musalem Saffie, bajo el repertorio N 16.582-2014, en virtud de la cual los accionistas de dicha sociedad acordaron fusionar e incorporar a VTR Banda Ancha (Chile) SpA (antes VTR Banda Ancha (Chile) S.A. y previamente Metrópolis Intercom S.A.) en VTR Wireless SpA, siendo esta última la entidad sobreviviente y la sucesora de VTR Banda Ancha (Chile) SpA (antes VTR Banda Ancha (Chile) S.A. y previamente Metrópolis Intercom S.A.) para todos los efectos legales. En ese mismo acto, los accionistas modificaron la razón social de la sociedad de VTR Wireless SpA a la actual denominación, VTR Comunicaciones SpA.

B. Para efectos de acreditar, entre otros, los *nuevos antecedentes* a que se refiere lo principal de esta presentación, acompaño:

- 1) Archivo en formato Excel titulado: "1\_SERIES\_CONEXIONES\_INTERNET\_FIJA\_MAR19\_160519", que contiene las estadísticas oficiales de Subtel de conexiones de internet fija a marzo de 2019.
- 2) Archivo en formato Excel titulado: "1\_SERIES\_LINEAS\_TELEFONICAS\_MAR19\_160519", que contiene las estadísticas oficiales de Subtel de líneas telefónicas fijas a marzo de 2019.
- 3) Archivo en formato Excel titulado: "1\_SERIES\_SERVICIOS\_LIMITADOS\_TV\_MAR19\_160519", que contiene las estadísticas oficiales de Subtel de televisión pagada a marzo de 2019.
- 4) Archivo en formato Excel titulado: "2\_SERIES\_CONEXIONES\_INTERNET\_MOVIL\_MAR19\_160519", que contiene las estadísticas oficiales de Subtel de conexiones de internet móvil a marzo de 2019.
- 5) Archivo en formato PDF titulado: "informe\_anual\_2006\_260108\_v1", que contiene el Informe Anual de Actividad del Sector Telecomunicaciones Año 2006, elaborado por la División de Política Regulatoria y Estudios de Subtel.
- 6) Archivo en formato Excel titulado "VTR Precios planes TV", que contiene el precio del plan "full" de televisión pagada de VTR, en UF, en los años 2004 y 2018. Este archivo es la fuente del Gráfico N 5 incluido en lo principal de esta presentación.



- 7) Archivo en formato Excel titulado: “Base de datos TV Pagada-Telefonía-Internet”, elaborado por VTR y que contiene el procesamiento de las estadísticas contenidas en los documentos indicados en los números 1 a 5 anteriores. Este archivo es la fuente de los gráficos de elaboración propia incluidos en lo principal de esta presentación (con excepción del Gráfico N°5).
- 8) Archivo en formato Excel titulado: “Suscriptores por empresa, por tipo de acceso\_Subtel (marzo 2019)”, elaborado por VTR sobre la base de información que le fuera entregada por Subtel, y que contiene la desagregación comunal de la información sobre conexiones fijas de internet, líneas de telefonía local y suscriptores de televisión pagada, en este último caso distinguiendo también por tipo de tecnología (alámbrica o satelital).
- 9) Archivo en formato PDF titulado “Informe Metalógica (firmado) y encuesta”, que contiene el “Informe de Resultados: Estudio de Televisión Pagada” elaborado y suscrito ante Notario Público por el profesor Juan Carlos Oyanedel, gerente general de la empresa Metalógica SpA, empresa de investigación especializada en estadísticas sociales.
- 10) Archivo en formato SAV titulado “Estudio TV Pagada 2017 Metalógica”, que contiene la base de datos original del Informe Metalógica.
- 11) Archivo en formato Excel titulado “Estudio TV Pagada 2017 Metalógica”, que contiene la base de datos original del Informe Metalógica indicadas en el numeral anterior, transformada por VTR a formato Excel.
- 12) Archivo en formato Excel titulado “Tabla sentencias abuso de posición dominante. (v. final)”, que contiene el detalle de las sentencias condenatorias tanto de este H. Tribunal como de la Excma. Corte Suprema en casos de abusos unilaterales de posición dominante, entre los años 2004 y 2019.

**Solicito al H. Tribunal:** tener por acompañados los documentos antes indicados.

**TERCER OTROSÍ:** Solicito al H. Tribunal tener por acompañados, en carácter de confidenciales, los documentos que se indican a continuación y que se contienen en el disco compacto N°2 adjunto a esta presentación:

- 1) Documento en formato Excel titulado: “Churn TV VTR 2016 a 2019”, que corresponde a un documento que contiene los datos de la tasa de *Churn* de los distintos servicios de VTR para los años 2016 a 2019.
- 2) Documento en formato PDF titulado: “Anexo Confidencial”, que contiene un breve análisis razonado de los datos de desconexiones y *Churn* de VTR para los años 2016 a 2019.



- 3) Documento en formato Excel titulado: “Costos programación VTR”, que contiene el detalle de los costos de programación de VTR para los años 2014 a 2018.
- 4) Documento en formato PDF titulado: “Download\_1\_\_OTT\_Video\_is\_Set\_on\_a\_Collision\_Course\_with\_Pay\_TV”, de propiedad de la empresa de inteligencia de mercado Ovum (Informa PLC) y que corresponde al estudio “OTT video is set on a collision course with pay-TV. Evolving markets, services and audiences” elaborado en abril de 2019 por el analista de Ovum (Informa PLC), don Tony Gunnarsson.

Por el carácter especialmente sensible de la información contenida en estos documentos, o por las obligaciones de confidencialidad asumidas para con terceros, pido al H. Tribunal que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 del DL 211 y los acuerdos segundo y tercero del Auto Acordado N°16/2017, “[s]obre Reserva o Confidencialidad de la Información en los Procesos” (“Auto Acordado N°16/2017”), declare su confidencialidad.

Esta solicitud se fundamenta en que los documentos acompañados contienen información confidencial, estratégica y comercialmente sensible de VTR y Ovum, la cual no podría ser revelada a terceros sin causar un grave desmedro para el desenvolvimiento competitivo de estas compañías.

Considerando los criterios fijados por el H. Tribunal a través del Auto Acordado N°16/2017, en el disco compacto N°2 adjunto a esta presentación, se incluye un anexo que detalla las secciones de los documentos que contienen los antecedentes cuya confidencialidad se solicita, los argumentos que la justifican, la naturaleza de la información en cuestión, quién es su titular y la individualización y ubicación de los archivos dentro del soporte electrónico antes indicado.

**Solicito al H. Tribunal:** tener por acompañados los documentos indicados y acceder a la petición de confidencialidad en los términos expuestos.

**CUARTO OTROSÍ:** Solicito que se traiga a la vista el expediente Rol NC N°2-2004 del H. Tribunal, caratulado “*Consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda., y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre la eventual fusión de Metrópolis Intercom S.A. y VTR S.A.*”.

Ello, por ser especialmente atinente para la adecuada resolución del asunto no contencioso planteado en lo principal de esta presentación: se trata de la causa que dio origen a la Resolución N°1/2004 y a las Condiciones que se solicitan alzar en lo principal, por lo que su pertinencia para los efectos de este procedimiento es evidente.

**Solicito al H. Tribunal:** acceder a lo pedido.

**QUINTO OTROSÍ:** Mi personería para comparecer en nombre de VTR Comunicaciones SpA consta en la escritura pública de fecha 7 de mayo de 2019, extendida en la Notaría de don Eduardo Javier Diez Morello, cuya copia autorizada acompaño en este acto.



**Solicito al H. Tribunal:** tener por acompañado el documento indicado y por acreditada mi personería para representar a VTR Comunicaciones SpA.


**SEXTO OTROSÍ:** Para efectos de imponer a VTR Comunicaciones SpA del estado de la causa, en el evento de que el H. Tribunal así lo estime del caso, señalo las siguientes direcciones de correo electrónico: [nnehme@fn.cl](mailto:nnehme@fn.cl), [sdufeu@fn.cl](mailto:sdufeu@fn.cl), [tperez@fn.cl](mailto:tperez@fn.cl), [npalma@fn.cl](mailto:npalma@fn.cl) y [mturner@fn.cl](mailto:mturner@fn.cl).


**Solicito al H. Tribunal:** tenerlo presente.

**SÉPTIMO OTROSÍ:** Designo abogados patrocinantes y confiero poder para actuar en esta causa en representación de VTR Comunicaciones SpA, a doña Nicole Nehme Zalaquett, don Sebastián Dufeu Abeliuk y don Tomás Pérez Lasserre, todos domiciliados en calle Orinoco N°90, piso 16, comuna de Las Condes, quienes podrán actuar en forma individual o conjunta, indistintamente, y que firman en señal de aceptación.


Asimismo, confiero poder al abogado don Nicolás Palma Peredo y a la estudiante habilitada en derecho doña María Turner Bezanilla, del mismo domicilio antes indicado, los que también podrán actuar en forma individual o conjunta con los demás apoderados, indistintamente, y que firman este escrito en señal de aceptación.

**Solicito al H. Tribunal:** tenerlo presente.


  
7989118-5

  
15.334.356-8

  
16.100.926-7

  
8.235.458-1

María Turner.  
19.686.801-1

  
11.921.267-6