

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

RESOLUCIÓN N° 64/2021

Santiago, trece de mayo de dos mil veintiuno.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso

ROL: NC N° 461-19

CONSULTANTE: Grupo Latino de Radiodifusión SPA

OBJETO: Solicita se revoquen o se dejen sin efecto las medidas de mitigación N° 1 y N° 2 de la Resolución N° 20 de fecha 27 de julio de 2007, impuestas a GLR Chile Limitada y sus sociedades relacionadas

PARTE EXPOSITIVA

A. APORTANTES DE ANTECEDENTES

- 1) Consultante: Grupo Latino de Radiodifusión SPA, sucesora legal de GLR Chile Limitada (“GLR” o la “Consultante”).
- 2) Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones dentro de plazo en este expediente:
 - a) Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“Subtel”).
 - b) Fiscalía Nacional Económica (“Fiscalía” o “FNE”).

B. CONSULTA FORMULADA POR GLR

1. A fojas 29, GLR solicitó que se revoquen o se dejen sin efecto las medidas de mitigación números 1 y 2 (las “Medidas”), contenidas en la Resolución N° 20 (“Resolución N° 20” o la “Resolución”), de 27 de julio de 2007, las que fueron impuestas a GLR Chile Limitada y sus filiales, coligadas o relacionadas al aprobarse la operación de concentración consistente en la compra de GLR a Claxson Chile S.A. de la totalidad de las acciones de la sociedad Iberoamerican Radio Chile S.A. (“Iberoamerican” o “IARC”) y de participaciones en otras 9 sociedades filiales, comprendiendo 142 concesiones de radiodifusión (la “Operación”).

Las Medidas establecen lo siguiente:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- (i) *“La Consultante y sus filiales, coligadas o relacionadas deberán consultar a este Tribunal, en los términos de los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, en forma previa, cualquier hecho, acto o contrato por el que pretenda adquirir la propiedad, el derecho de uso, o cualquier otra relación contractual, que le permita controlar, directa o indirectamente, la operación, explotación, o contenidos, de toda y cualesquiera concesión de radiodifusión distinta de aquellas que han sido objeto de esta consulta”. (“Medida N° 1”)*
- (ii) *“La Consultante y sus filiales, coligadas o relacionadas que sean titulares de concesiones de radiodifusión, o tengan derechos de uso, o el control por cualquier vía, directa o indirecta, de la propiedad o de relaciones contractuales sobre éstas, deberán consultar a este Tribunal, sobre la base de antecedentes suficientes, en los términos de los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, respecto de su participación en los concursos públicos para la renovación de dichas concesiones”. (“Medida N° 2”)*

Fundamenta su solicitud en las siguientes consideraciones:

1.1. Sostiene que GLR es una sociedad por acciones que, junto con sus sociedades relacionadas, operarían estaciones de radiodifusión sonora en distintas ciudades de Chile.

1.2. GLR afirma que, transcurrido un plazo de más de doce años, concurrirían nuevos antecedentes que darían cuenta de un cambio significativo en las circunstancias jurídicas y económicas que sirvieron de base para la motivación y finalidad de la imposición de las Medidas. Como primer punto, sostiene que las Medidas serían hoy improcedentes, pues su cumplimiento implicaría por parte de este Tribunal la revisión de una operación de concentración que ya no se encontraría dentro de la esfera de sus competencias, pues el legislador se la transfirió a la FNE. Como segundo punto, señala que las Medidas habrían devenido en innecesarias, pues las condiciones actuales del mercado en el que ellas inciden no serían las mismas, y, en su conjunto, sería inviable o prácticamente imposible que se materialicen cualquiera de los riesgos originados por la Operación;

1.3. Arguye que los presupuestos que fundamentaron la imposición de las Medidas habrían desaparecido o se habrían alterado sustancialmente. Expone que los cambios específicos en las circunstancias jurídicas y régimen aplicables serían: (i) la modificación de las circunstancias jurídicas que sirvieron de presupuesto para la dictación del acto, la Resolución N° 20, y la derogación del régimen legal que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

permitió su dictación; y (ii) la desaparición de los riesgos identificados en la misma resolución.

1.4. La Consultante se refiere primero a los cambios relativos a las circunstancias jurídicas. Sostiene que, atendido el perfeccionamiento del sistema de defensa de la libre competencia, que entró en vigor con la ley N° 20.945, la competencia para analizar operaciones de concentración quedó radicada en la FNE y supeditada a determinados requisitos fácticos y jurídicos. De esta forma, argumenta que mantener la obligación de consultar futuras operaciones de concentración ante este Tribunal –Medida N° 1–, considerando que habría dejado de ser competente para ello, no se condice con la institucionalidad que rige para todos los agentes económicos del país. Agrega a lo anterior el hecho que se estaría alterando la carga de la prueba, pues, bajo la legislación actual, sería la FNE la que debe analizar y acreditar si es que existen riesgos o ilícitos anticompetitivos y no el agente económico quien debe acreditar hechos negativos.

1.5. Indica que las Medidas obedecían a un contexto regulatorio que no existe, razón por la cual la mantención de las mismas constituiría una discriminación arbitraria a la actividad económica desarrollada por GLR y sus relacionadas, al estar sometidas a un cúmulo de procedimientos que no se condicen ni con la naturaleza ni con el objetivo de la regulación actual, cargas que carecerían los otros agentes económicos del país. En consecuencia, afirma que debiese restablecerse a GLR y sus relacionadas la igualdad de condiciones frente a la regulación de competencia que tiene el resto de los agentes económicos que participan en el mercado.

1.6. De todo lo anterior, la Consultante concluye que el órgano competente para controlar las operaciones de concentración sería la FNE y no este Tribunal, y que dicho control solo procedería si se cumplen determinados umbrales establecidos por la regulación respectiva. Lo anterior, sin perjuicio de la notificación voluntaria de operaciones de concentración y de la facultad de la FNE para investigar dichas operaciones en caso de no ser notificadas.

1.7. Continúa haciendo referencia a los cambios en las circunstancias económicas. Al respecto se refiere primero a la desaparición de la incertidumbre respecto a los posibles efectos adversos identificados en la Resolución N° 20. Señala que desde que se dictó la Resolución, el mercado de la radiodifusión habría tenido importantes cambios, principalmente vinculados a la consolidación de los grupos multiplataforma, el fortalecimiento de las agencias de medios y la entrada de nuevos actores a la industria.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.8. La Consultante sostiene que, en reiteradas ocasiones tanto el Tribunal como la FNE han revisado la conducta de GLR en el mercado con posterioridad a la Resolución N° 20, sin que hayan existido antecedentes que permitan concluir que GLR y sus relacionadas habrían incurrido en las prácticas anticompetitivas que la Resolución habría identificado como riesgos. Arguye que el hecho que hoy no exista incertidumbre en los efectos de la operación que dio origen a la Resolución N° 20 es relevante, pues sería la fundamentación que hizo en su momento este Tribunal para imponer las Medidas.

1.9. GLR afirma que el mercado radial se caracteriza por tener una demanda bilateral o de dos lados, pues en él se competiría por atraer a dos tipos de consumidores: por un lado, estarían los auditores y, por otro, los avisadores. Se diferencian en que los auditores no efectúan un pago por el uso de la radio, por lo que los ingresos percibidos por las radioemisoras provendrían principalmente de la venta y difusión de espacios publicitarios. Agrega a lo anterior que la inversión publicitaria realizada por las empresas avisadoras se reparte entre diversas plataformas de avisaje –fenómeno conocido como “*multi-homing*”–, dentro de las cuales se encontrarían los radios. Mismo fenómeno ocurriría respecto de los radioescuchas, ya que al enfrentar bajísimos costos de cambio se caracterizan por su volatilidad. Sostiene que existiendo un potente “*multi-homing*” en ambos lados del mercado, *ex ante*, los efectos de la implementación de estrategias abusivas de un lado del mercado pueden diluirse por la existencia del otro mercado.

1.10. Respecto del mercado del producto, indica que Resolución N° 32/2010 restringió el mercado relevante del producto a la venta y difusión de espacios publicitarios en radios FM, criterio que habría sido reiterado en las Resoluciones N° 40/2012, 44/2013, 55/2019, y 56/2019.

1.11. Luego expone que la venta y difusión de espacios publicitarios en radio se encontrarían influenciados por la presión competitiva que ejercerían otros mercados donde la venta de publicidad también constituiría una fuente de ingresos, siendo común que las agencias de medios o grandes avisadores inviertan en más de un tipo de plataforma, lo que generaría un efecto disciplinador importante en el mercado de venta y difusión de espacios publicitarios en radio.

1.12. En cuanto al mercado geográfico, señala que prácticamente la totalidad de los ingresos de GLR provienen de publicidad a nivel nacional, sin perjuicio de que, en gran medida, se identifique con el comportamiento del mercado para la localidad de Santiago.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.13. En cuanto a los oferentes, señala que los principales consorcios en la industria radial nacional serían: (i) Copesa, a través de Grupo Dial; (ii) Compañía Chilena de Comunicaciones S.A.; (iii) Familia Mosciatti; (iv) Familia Molfino; (v) Canal 13; (vi) Grupo Bethia; y, (vii) grupo El Mercurio. Agrega que, tal como habría sido constado por este Tribunal en las Resoluciones N° 40/2012, 55/2019 y 56/2019, la mayoría de dichos consorcios participarían del mercado de multiplataformas, situación que era incipiente al momento de dictarse la Resolución N° 20 y que a la fecha sería la regla en el mercado.

1.14. Añade a lo anterior, que las agencias de medios y avisadores en general tomarían en consideración los niveles de audiencia para sus decisiones de inversión en publicidad, existiendo una correlación entre la mayor publicidad que recibe una radio en múltiples plataformas y los ingresos por dicha inversión y que a los medios que no operan en multiplicidad de plataformas, les resultaría muy oneroso realizar avisaje en medios como la televisión.

1.15. En cuanto al impacto que han tenido las nuevas tecnologías sobre el mercado radial de frecuencia modulada, GLR comienza indicando como efectos de la digitalización de la radio la mejora de la calidad de las transmisiones y el aprovechamiento del espectro radioeléctrico. Luego, menciona como nuevas tecnologías las plataformas de música *online* o *streaming*, como Spotify, Apple Music y Google Play, los que se posicionarían en Chile como fuertes competidores de las radios tradicionales. Estas plataformas habrían desarrollado servicios gratuitos como “emisoras”, asimilándose a las radios convencionales con las cuales competirían en el mercado del avisaje publicitario y cuyo público sería principalmente aquellos auditores entre 15 y 34 años. Agrega que estas circunstancias no existían en el año 2007 al dictarse la Resolución que impuso las Medidas.

1.16. En cuanto a las ventas del grupo GLR expone que se habrían mantenido relativamente estables desde el año 2013, sufriendo una caída en inversión publicitaria en el año 2016, recuperándose parcialmente en 2017, pero sin lograr llegar a los montos de los años anteriores. Respecto a los índices de audiencia de GLR y sus relacionadas, sostiene que también se habrían mantenido relativamente estables, sin experimentar grandes variaciones.

1.17. En cuanto a la capacidad de emisión de GLR y sus relacionadas, señala que, según la información de Subtel, ésta sería baja y estaría cerca de llegar a calificarse como poco concentrada, sin sufrir variaciones desde la dictación de la Resolución N° 20.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.18. Agrega que la movilidad y dinamismo de este mercado, habrían permitido la entrada al mercado en una magnitud que disciplinaría cualquier posible comportamiento anticompetitivo por parte de GLR y sus relacionadas, mencionando como ejemplo el caso de radio “Sonar” (2009) y “Candela” (2012). Agrega que no sería extraño que los controladores de otros medios siguiesen adquiriendo concesiones radiales, traduciéndose ello en mayor presión competitiva para GLR y sus relacionadas

1.19. En cuanto a los riesgos específicos indicados en la Resolución N° 20, asevera que GLR y sus relacionadas no se encontrarían en una posición para materializar ninguna de las conductas anticompetitivas identificadas, ya que no tendrían una posición dominante en el mercado de la radiodifusión sonora.

1.20. Señala la Consultante que la radio estaría vinculada con dos mercados interrelacionados, el del avisaje y el de la audiencia. Por un lado, la radio tiene que transmitir publicidad para generar ingresos y financiarse y, por el otro, mantener un contenido que sea capaz de captar y retener al radioescucha. En consecuencia, una reducción de precios incrementaría la demanda por espacio de avisaje y para incrementar correlativamente la oferta GLR y sus relacionadas tendrían que aumentar las tandas comerciales lo que impactaría el otro lado del mercado, de cara a los auditores.

1.21. Sostiene que: (i) a la fecha, no existirían demandas o requerimientos en contra de GLR y sus relacionadas por fijación de precios abusivos o cualquier otro acto anticompetitivo; (ii) debe descartarse la posibilidad de cobrar precios abusivos al existir presiones competitivas relevantes; y, (iii) otro elemento relevante para descartar la concurrencia de prácticas abusivas sería el hecho que la entrada al mercado es posible en un tiempo breve y en una magnitud que disciplinaría posibles comportamientos anticompetitivos, ello pese a la barrera legal existente (como lo es la necesidad de contar con una concesión) pues ellas son transferibles en el mercado.

1.22. Asevera que las condiciones actuales del mercado harían inviable el despliegue de prácticas de precios predatorios por parte de GLR. Sostiene que tal como lo ha señalado este Tribunal, para que se esté ante una práctica predatoria se requeriría, en primer lugar, poder de mercado y, además, un sacrificio inicial de ingresos junto con la posibilidad de recuperar lo sacrificado, lo que no podría suceder en esta industria. Lo anterior atendido que, al existir otros medios de comunicación que ofrecen espacios de avisaje, un aumento de precios significativo en el avisaje en radios podría generar algún grado de sustitución hacia otros

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

medios. De ser así, recuperar las pérdidas de una estrategia predatoria se haría más difícil.

1.23. Respecto de la adopción de estrategias de ventas atadas o “paquetización” por parte de GLR, argumenta que su política comercial y de las sociedades relacionadas no sería condicionar la venta de un producto a la de otro, de manera que si un avisador o agencia de medios desea publicitar en una sola radio del grupo o en un programa en particular no existiría impedimento alguno para que ello ocurra.

1.24. En cuanto a la materialización de las eficiencias asociadas a la Operación aprobada por la Resolución N° 20, expone que, en los siete procedimientos de consulta iniciados por GLR para la renovación de concesiones, en virtud de la Medida N° 2, se habría demostrado la verificación de las siguientes eficiencias: (i) ahorro de costos; (ii) fortalecimiento de la radio informativa “ADN” del grupo; (iii) diversificación de formatos y mejora en los contenidos; y (iv) mayor inversión en estudios. Agrega que, tal como lo habría mencionado este Tribunal, someter a GLR a un estándar que implique que la Operación deba generar eficiencias para siempre, sin consideración de la evolución del mercado, tecnologías e innovaciones y a la evolución natural de las mismas eficiencias, no sería razonable, ni compatible con la regulación de libre competencia, ni con las garantías constitucionales.

1.25. En razón de lo anterior, solicita que se declare que: (i) las Medidas serían improcedentes porque su cumplimiento plantea el ejercicio por parte de este Tribunal de una potestad de revisión de una operación de concentración que ya no se encuentra dentro de la esfera de sus competencias y que el legislador ha transferido a la Fiscalía, verificándose el efecto del decaimiento de las Medidas por una modificación del régimen legal, lo que constituiría un impedimento para su mantención; y/o, (ii) que las Medidas habrían devenido en innecesarias o redundantes, ya que existiría evidencia contundente, reconocida a lo largo de los años tanto por la FNE como por este mismo Tribunal, que demostraría que las condiciones actuales del mercado no son las mismas observadas al momento de la dictación de la Resolución N° 20. Estas condiciones del mercado, en su conjunto, harían inviable o prácticamente imposible que se materialice cualquiera de los riesgos detectados en la Resolución. Con ello se verificaría la desaparición de los supuestos de hecho necesarios para la validez del acto, contenidos en el considerando septuagésimo noveno de la Resolución que aprobó la Operación el año 2007.

1.26. En virtud de lo anterior, solicita que, ya sea en ejercicio de la potestad constitutiva de revocación o de la potestad declarativa de pérdida de vigencia,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

formalmente se revoque o se dejen sin efecto, según corresponda, las medidas de mitigación N° 1 y N° 2, contenidas en la Resolución N° 20 de 27 de julio de 2007, impuestas a GLR y sus relacionadas por este Tribunal.

C. RESOLUCIÓN QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

2. A fojas 96, el 17 de octubre de 2019, se dio inicio al proceso de consulta de autos con el objeto de revisar la solicitud de GLR. En dicha resolución de inicio se ordenó oficiar a la FNE, a Subtel, a la Asociación Nacional de Avisadores y a la Asociación Chilena de Agencias de Medios para que aportaran antecedentes dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde la publicación en el Diario Oficial, en extracto, de la resolución, de conformidad con el número 1° del artículo 31 del D.L. N° 211.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES

3. A fojas 133, Subtel respondió el oficio recibido e indicó que GLR y sus relacionadas eran titulares, al 10 de enero de 2020, de 194 concesiones de radiodifusión, señalando también aquellas concesiones que fueron enajenadas por GLR y sus relacionadas, aquellas que fueron objeto de renovación y las que continuaban vigentes.

3.1. Respecto de la disponibilidad de espectro para otorgar nuevas concesiones indica que la cantidad de estaciones disponibles depende de diversos factores y que el estudio de factibilidad debe hacerse caso a caso. Sin perjuicio de ello, señala que en las capitales regionales desde la IV hasta la X región es improbable que existan frecuencias disponibles para nuevas radioemisoras comerciales de potencias mayores a 100 watts y que existen otras áreas de gran saturación como la V región y el valle central entre las regiones Metropolitana y IX.

3.2. En relación con la convergencia tecnológica señala que, en el ámbito de la televisión y la radio, esta convergencia permite que diversos servicios puedan transmitirse, incluso simultáneamente, a través de distintas redes y plataformas multimediales. De esta forma expone que el entorno en el cual se lleva a cabo este procedimiento está marcado por fenómenos integradores de servicios de telecomunicaciones, ofrecidos en múltiples formatos, lo que permite la difusión de contenidos por plataformas convergentes. Al respecto, Subtel señala que es importante tener en vista estas situaciones de convergencia para no considerar a los distintos servicios de telecomunicaciones en forma parcelada, sino que darles una visión integradora.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.3. En particular, en lo que se refiere a la Medida N° 2, afirma que no existen riesgos evidentes de un impacto negativo en caso de alzarse dicha medida, considerando la evolución actual del mercado radial; la resolución favorable emitida por el Tribunal en cada uno de los distintos procesos de renovación de concesiones; y la convergencia de plataformas radiales. Lo anterior, especialmente teniendo en consideración que existen mecanismos alternativos para la revisión de la concentración en el mercado radial y que la Medida N° 2 se refiere a la mantención de concesiones ya otorgadas. Agrega que, desde la perspectiva estrictamente administrativa, el alzamiento de esta medida supondría que las renovaciones de GLR se sujeten a los mismos requisitos y tiempos de tramitación que aplican al resto de los operadores del mercado, no siendo necesario suspender dichos concursos en espera de lo que resulte del pronunciamiento del Tribunal, cuyos procesos no necesariamente se ajustan a los plazos de los concursos que ella lleva a cabo.

3.4. Concluye que las medidas que afecten a un solo actor del mercado tanto en la renovación como en la obtención de nuevas concesiones se justifican solo en aquellos casos en que se mantenga la situación de riesgo para la competencia que se trató de prevenir.

4. A fojas 161, la FNE aporta antecedentes al procedimiento, solicitando la modificación de las Medidas y no su alzamiento, atendido los siguientes argumentos.

4.1. Sostiene que el análisis competitivo de la Resolución N° 20 se habría enfocado en los efectos de la Operación en el mercado del producto relativo a la venta de espacios para difusión de publicidad en radios AM y FM, con un alcance geográfico que consideraba tanto un aspecto nacional como uno local. Al respecto, en dicha Resolución se determinó la existencia de un incremento en la concentración del mercado con ocasión de la Operación, al reunirse la propiedad de señales de radios que a esa fecha captaban el 37,4% del total de la inversión de publicidad y el 44,7% y 38,9% de la audiencia en Santiago y en regiones, respectivamente.

4.2. En cuanto a la Medida N° 1, indica que las transacciones descritas en ella tienen la naturaleza jurídica de una operación de concentración, pero para saber si se relaciona con las hipótesis contenidas en el artículo 47 del D.L. N° 211 del nuevo Título IV, habría que distinguir si se adquiere directa o indirectamente la concesión de radiodifusión. En el caso de una adquisición directa sobre una concesión de radiodifusión se estaría bajo el supuesto del artículo 47 letra d) del DL N° 211

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

“Adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título”.

4.3. Indica que en caso que el hecho, acto o convención no recaiga sobre la concesión misma sino que implique la adquisición de influencia decisiva sobre la sociedad concesionaria o sobre cualquiera de sus filiales o entidades que ejercen actualmente influencia decisiva sobre aquélla, igualmente se estaría en presencia de una operación de concentración, pues la adquisición de influencia decisiva, en sus distintas formas, estaría expresamente contemplada en el artículo 47 letra b) del D.L. N° 211 –y en el artículo 38 de la ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo (“Ley de Prensa”), pudiendo tener alguna de las formas *de iure* o *de facto* examinadas en la Guía de Competencia de la FNE.

4.4. En contraposición con lo anterior, expone que los requisitos de una operación de concentración no se condicen con la participación de GLR en los concursos públicos para la renovación de dichas concesiones. Esto porque la renovación de una concesión de radiodifusión no hace cesar en su independencia a un agente económico respecto de otro, ni implicaría un cambio en el centro de decisiones competitivas respecto de aquél.

4.5. Así, la FNE, considera que la Medida N° 2 no coincidiría con ninguna de las hipótesis que constituyen una operación de concentración y que su objeto sería que la Consultante acreditase las eficiencias y la ausencia de la materialización de riesgos previstos por la Operación, para efectos de poder participar en los concursos de renovaciones de concesiones de radiodifusión sonora que sobrevengan.

4.6. Respecto de la industria, la FNE indica que para poder operar una radio es necesario tener una concesión de radiodifusión sonora, las que se otorgan por decreto supremo emitido por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, previo concurso público, y tienen una duración de 25 años. Señala que actualmente en la mayoría de las ciudades con mayor densidad poblacional no existe espectro radioeléctrico disponible en la banda FM y que quienes gozan de la titularidad de una concesión tienen un derecho preferente para su renovación en el concurso público respectivo. Agrega que, sin perjuicio de lo anterior, sería posible ser titular de concesiones por transferencia, cesión, arrendamiento u otorgamiento del derecho de uso, a cualquier título, previa autorización de Subtel.

4.7. Indica que dado que las transmisiones del servicio de radiodifusión sonora estarían destinadas a la recepción libre y directa por el público en general, las radios resultarían ser un medio idóneo para transmitir publicidad, pues con el sólo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

hecho de contar con un aparato radiorreceptor, el consumidor podría recibir servicios de información y entretenimiento de manera gratuita, presentando dicho servicio características de bien público, dentro de las áreas de cobertura, debido a que no existiría rivalidad ni exclusión en el consumo, siendo en definitiva la publicidad, la fuente casi exclusiva del financiamiento de esta actividad.

4.8. Asevera que la radio sería una plataforma de dos lados que conecta uno de ellos, los auditores con el otro, los avisadores de publicidad, encontrándose ambos usuarios interrelacionados, puesto que los avisadores valorarían más a una determinada radio por la cantidad de auditores que posea y, al mismo tiempo, los auditores valorarían menos a una determinada radio mientras más publicidad incluya.

4.9. En cuanto a la dimensión geográfica, afirma que las radios tienen una dimensión local, pues las señales de radiodifusión tendrían un área geográfica de cobertura que habitualmente cubriría la radio de una ciudad o agrupación de localidades cercanas, y los auditores sólo podrían escuchar las señales que estén disponibles en sus respectivas zonas por medio de radiorreceptores.

4.10. Agrega, que existirían conglomerados radiales, que poseen más de una marca radial y cada una de ellas con varias concesiones, en distintas localidades y que los principales actores de la industria operarían bajo esta modalidad. Al respecto, afirma que los conglomerados más importantes serían: (i) GLR –el cual sería el mayor del país, poseyendo 194 concesiones y operando 10 marcas distintas–; (ii) Grupo Bethia; (iii) Canal 13; (iv) Grupo Dial (relacionado a Copesa); (v) El Mercurio; (vi) Bio Bío; (vii) Agricultura; y, (viii) Cooperativa.

4.11. Desde la perspectiva de los auditores, indica que, a la fecha de la presentación de su aporte de antecedentes, las radios serían el tercer medio con mayor alcance y que es utilizado principalmente como complemento a otras actividades como trabajo, ocio o estudio. Desde la perspectiva de los avisadores, la FNE sostiene que el costo por contacto, esto es, el costo que significaría llegar a una persona perteneciente al público objetivo de la campaña publicitaria, es el aspecto que determina el medio de comunicación elegido para la realización de una determinada campaña publicitaria. Señala que la publicidad en radio habría aumentado en el tiempo a diferencia de la televisión pagada y los diarios.

4.12. La FNE señala que, según su investigación desarrollada para entregar el aporte de antecedentes, serían cinco los productos ofrecidos a los avisadores por parte de las radios: (i) la venta de horario solicitado; (ii) la venta de horario repartido; (iii) los auspicios; (iv) las menciones publicitarias; y, (v) cápsulas que consistirían

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en microprogramas orientados al contenido específico del avisador. El precio cobrado por los distintos productos dependería del alcance promedio que tenga la señal, las características de su audiencia, el bloque horario en el que se quiera anunciar del día de la semana, el programa específico y si tiene este un locutor relevante. Además, el precio sería negociado teniendo en vista un “precio lista”, al que posteriormente se le aplicarían descuentos que dependerían del monto de la inversión, la periodicidad y la permanencia de ésta.

4.13. En el mismo marco de su investigación, la FNE agrega que, en los conglomerados que agrupan distintos medios de comunicación, la venta de publicidad radial usualmente estaría separada de la venta de publicidad en otros medios, siendo la venta conjunta algo poco común según lo indicado por los clientes.

4.14. Indica que el surgimiento de nuevas formas de consumir contenido como Youtube o Spotify sería un factor importante que considerar. Sin perjuicio de ello afirma que la aparición de estas nuevas plataformas no habría provocado una disminución en el porcentaje de la población que escucha radio, ni tampoco sería posible identificar un cambio importante en el consumo de radio a nivel generacional. En el mismo orden de ideas, agrega que el dinamismo tecnológico permitiría nuevas formas de acceder a la radio por lo que tecnologías que podrían considerarse sustitutas como *internet*, operarían más bien como complementos. Al respecto agrega que, a la fecha de su presentación, la audiencia de radio por *internet* no sería muy significativa.

4.15. Con relación al mercado relevante, lo subdivide en el mercado relevante de avisaje publicitario y el de auditores. Respecto del primero, la FNE considera que el mercado relevante del producto debería circunscribirse a la venta de espacios para difusión de publicidad en radios FM. En cuanto al ámbito geográfico del mercado de avisaje publicitario, estima que existiría un mercado nacional para avisadores y/o agencias de medios cuando quieren publicitar productos en forma nacional y una serie de mercados locales para avisadores con presencia local, lo que sería reconocido por este Tribunal y por la Consultante.

4.16. Respecto del mercado de auditores indica que estaría conformado solo por auditores de radio, descartándose del mismo a otros medios y/o plataformas debido a las diferencias en sus características y uso, sin perjuicio de que en un futuro esto pudiese variar. Respecto del ámbito geográfico, el auditor solo podría escuchar las radios que están dentro de su zona de cobertura, por lo que no existiría sustitución hacia radios de otras localidades si se accede a ella mediante un radiorreceptor. Sin embargo, debido a que los conglomerados radiales tendrían una programación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

única para todo el país, sería necesario considerar también una dimensión nacional.

4.17. Sostiene que la inversión publicitaria de ingresos sería la forma más apropiada para analizar las participaciones en el mercado publicitario y dado que se relacionaría directamente con el número de auditores, ello permitiría obtener además una aproximación respecto del mercado de audiencia. Agrega que también es apropiado medir las participaciones por los niveles de audiencia, especialmente para evaluar la situación competitiva a corto plazo. En cuanto a la capacidad de emisión, medida según el número de concesiones, sería un índice que estaría disponible para todas las localidades y que podría reflejar relativamente bien la situación competitiva de largo plazo. No obstante, en el corto plazo podría no evidenciar las diferencias competitivas entre las diferentes emisoras.

4.18. Indica que, desde la aprobación de la Operación, este Tribunal habría analizado la industria de la radiodifusión en ocho ocasiones, siete de las cuales fueron consultas promovidas por GLR en cumplimiento de la Medida N° 2, en las que se le autorizó a participar en la renovación de sus respectivas concesiones, sin mediar medidas de mitigación. La ocasión restante sería la adquisición por parte de Canal 13 del control de once concesiones de radiodifusión pertenecientes a Comunicaciones Horizonte Limitada, autorizándose dicha operación sujeta a medidas de mitigación, de acuerdo con la Resolución N° 41/2012. Adicionalmente, la FNE afirma que ellos analizan permanentemente la industria en el contexto de los informes de Ley de Prensa que emitiría en cumplimiento del artículo 38 de dicha ley (*informe previo*).

4.19. En cuanto a la inversión publicitaria, sostiene que el mercado ha presentado un aumento, pasando de un 8,8 % en 2014 a un 11,3% en 2018. Respecto de la evolución de participantes en audiencia a nivel nacional menciona que, durante los últimos 14 años, al menos 3 de las radios de GLR habrían estado entre las 5 más escuchadas, aunque no siempre serían las mismas, detentando en la actualidad el 40–50% de participación en la audiencia. Por otra parte, respecto a la inversión publicitaria a nivel nacional, la Consultante vería disminuida su participación respecto de aquella calculada en base a los auditores. Sin perjuicio de ello, seguiría siendo el actor principal y superaría entre un 10%–20% al segundo competidor en orden de importancia.

4.20. En relación con la capacidad de emisión, señala que a nivel nacional existiría un total de 1.875 concesiones, de las cuales GLR detentaría 194, representando un 10,3% del total, índice que se vería alterado cuando se analiza el mercado en forma local. Al respecto sostiene que GLR presentaría, en las capitales regionales,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

participaciones que irían desde el 21% al 36%. Agrega que GLR poseería participaciones mayores o iguales al 40% solo en zonas con cinco o menos concesiones, las que corresponderían a localidades con una sola concesión y/o localidades donde su participación no aumentó producto de la Operación y/o localidades donde hubo desinversiones. En el resto de las localidades poseería participaciones menores al 40%. Agrega que de las 194 concesiones que la Consultante es titular, 39 de ellas tendrían el carácter de indefinidas y que no existirían frecuencias disponibles en la gran mayoría de las localidades en las que éstas se encuentran.

4.21. Concluye que la posición de mercado de GLR sigue siendo importante y que su posición de relevancia se habría mantenido relativamente estable luego de la Operación.

4.22. Respecto de las condiciones de entrada, sostiene que la principal barrera serían las concesiones de radiodifusión sonora, lo que no mutaría por la existencia de un mercado secundario. Indica, sin embargo, que la existencia de este mercado secundario podría posibilitar el ingreso de actores más eficientes. Concluye que tal como las nuevas tecnologías que incluyen radio vía *internet* y telefonía móvil, operarían de forma complementaria a las radios tradicionales, el mercado radial aún requiere disponer de espectro radioeléctrico y de una concesión sobre el mismo para tener acceso a dicho recurso, constituyendo una barrera a la entrada.

4.23. En relación a los riesgos para la competencia observados en la Resolución N° 20, indica que: (i) respecto a las ventas atadas mediante la imposición de la obligación de contratar espacios de difusión en medios radiales al contratar estos servicios de avisaje en otros medios, concluye que esta conducta no resultaría factible para GLR actualmente; (ii) respecto de ventas atadas por medio de sujetar la contratación de radios populares a la contratación en radios en las que tengan menores participaciones, indica que sería un riesgo poco probable atendido el peso de las agencias de medios; (iii) en cuanto a las posibles prácticas de precios predatorios, indica que este Tribunal consideró que las mismas no eran del todo probables debido a las particularidades de la industria; y (iv) en lo que respecta a la eventual fijación de precios abusivos, concluye también que sería poco probable su verificación dada la actual estructura de mercado.

4.24. Añade que este Tribunal, en las siete oportunidades que ha analizado renovaciones de concesiones de GLR, habría llegado la conclusión de que en ninguno de dichos casos existirían antecedentes para afirmar que los riesgos se hubiesen materializado, lo que sería consistente con el análisis hecho por la FNE.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.25. Sin perjuicio de lo anterior, la FNE sostiene que si GLR procediese a la adquisición del control directo o indirecto de algún competidor presente en alguno de los segmentos donde se concentra mayor participación, o de sus activos; o bien, si la adquisición versara sobre un competidor que tenga alcance en ciertas localidades donde la participación de la Consultante fuese más relevante, el escenario competitivo podría verse afectado, ocasionando riesgos relativos a la fijación de precios abusivos y al ejercicio de prácticas exclusorias.

4.26. En lo que respecta al análisis de la Medida N° 1, señala que, a pesar de los cambios regulatorios en el control de operaciones de concentración, los supuestos facticos que habrían sustentado la imposición de dicha medida persistirían, puesto que la estructura de mercado se habría mantenido sustancialmente inalterada y el hecho de que los riesgos no se hayan generado, no obstaría a que éstos pudiesen materializarse en el supuesto de que GLR aumente su número de concesiones de radiodifusión. En razón de lo anterior, la FNE propone adecuar la Medida N° 1 al régimen jurídico actualmente vigente, y modificarla por la siguiente:

"La Consultante deberá comunicar por escrito a la Fiscalía, dentro del plazo de diez días hábiles administrativos contados desde la fecha del perfeccionamiento, la celebración de cualquier hecho, acto o contrato por el que ésta - o cualquiera de sus filiales, coligadas o relacionadas - haya adquirido la propiedad, el derecho de uso, o cualquier otra relación contractual, que le permita controlar, directa o indirectamente, la operación, explotación, o contenidos, de toda y cualesquiera concesión de radiodifusión, que no haya notificado previamente a esta Fiscalía conforme a las reglas del Título IV del DL 211 o informado conforme al artículo 38 de la Ley de Prensa".

4.27. En relación con la Medida N° 2, sostiene que la concesión de radiodifusión sonora sería el requisito central para la entrada y permanencia de un actor en el mercado de radios. Por lo anterior, la tenencia y renovación de la misma sería un hecho relevante para los actores al determinar su presencia en el mercado. Sin perjuicio de ello señala que la Medida N° 2 sería poco proporcional, atendido el análisis de riesgos, por lo que el objetivo buscado con dicha medida podría lograrse mediante otro mecanismo, consistente en un deber de información de GLR a la FNE relativo al desarrollo de los concursos de radiodifusión sonora y a la voluntad de GLR de participar en ellos. En síntesis, la FNE considera que también procede su modificación y no su alzamiento, proponiendo cambiarla por la siguiente:

"GLR deberá comunicar a la Fiscalía Nacional Económica, con al menos 180 días de anticipación a la fecha en que deba presentar a la autoridad competente los antecedentes para renovar la respectiva concesión, su voluntad de concurrir a la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

misma, ya sea directamente o por sus filiales, coligadas o relacionadas, precisando las concesiones objeto de dicha renovación y las localidades que se verían involucradas."

E. AUDIENCIA PÚBLICA

5. A fojas 276 consta la citación a la audiencia pública para el 28 de octubre de 2020, a las 10:00 horas. El 25 de septiembre de 2020, se publicó la citación en el Diario Oficial, según consta a fojas 288.

6. En la audiencia pública, como consta a fojas 307, intervinieron los apoderados de la Consultante y de la Fiscalía Nacional Económica.

PARTE CONSIDERATIVA

I. OBJETO DE LA CONSULTA

1. De conformidad con la presentación efectuada por GLR a fojas 29, el hecho consultado es la existencia de un cambio en las circunstancias fácticas, jurídicas y económicas que justificarían el alzamiento o revocación de las medidas o condiciones impuestas en el resuelvo primero, números 1 y 2, de la Resolución N° 20. Esta resolución, confirmada por la Excm. Corte Suprema con fecha 22 de noviembre de 2007 (Rol C.S. N° 4578-07), aprobó la compra por parte de GLR de las acciones de propiedad de Claxson Chile S.A. en Iberoamerican Radio Chile S.A. y de participaciones en otras sociedades filiales. La mencionada aprobación quedó sujeta al cumplimiento de cuatro condiciones, dos de las cuales, las Medidas N° 1 y N° 2 (las "Medidas"), son objeto de revisión en estos autos. La condición o Medida N° 1 establece que *"La consultante y sus filiales, coligadas o relacionadas deberán consultar a este Tribunal, en los términos de los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, en forma previa, cualquier hecho, acto o contrato por el que pretenda adquirir la propiedad, el derecho de uso, o cualquier otra relación contractual, que le permita controlar, directa o indirectamente, la operación, explotación, o contenidos, de toda y cualesquiera concesión de radiodifusión distinta de aquellas que han sido objeto de esta consulta"*.

2. La condición o Medida N° 2, por su parte, señala que *"La consultante y sus filiales, coligadas o relacionadas que sean titulares de concesiones de radiodifusión, o tengan derechos de uso, o el control por cualquier vía, directa o indirecta, de la propiedad o de relaciones contractuales sobre éstas, deberán consultar a este Tribunal, sobre la base de antecedentes suficientes, en los*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

términos de los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, respecto de su participación en los concursos públicos para la renovación de dichas concesiones”.

3. GLR fundamenta su solicitud en que actualmente concurren nuevos antecedentes que dan cuenta de un cambio significativo en las *circunstancias jurídicas, económicas y fácticas* que sirvieron de base para la motivación y finalidad de la imposición de las Medidas objeto de revisión. En lo fundamental, argumenta que (i) las Medidas son improcedentes porque para su cumplimiento se requeriría que este Tribunal ejerza una potestad –la de revisión o evaluación de una operación de concentración– que no se encuentra actualmente dentro de la esfera de su competencia; y (ii) las Medidas han devenido en innecesarias, puesto que los supuestos de hecho que motivaron su imposición han desaparecido, haciendo inviable que se materialicen los riesgos detectados, considerando especialmente las condiciones actuales del mercado, en comparación con aquellas observadas al momento de emitirse la Resolución N° 20.

II. ÁMBITO DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

4. Las Medidas fueron impuestas por este Tribunal en el ejercicio de la facultad consultiva del artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, la que fue iniciada voluntariamente por la Consultante en el marco del procedimiento reglado en el artículo 31 de dicho decreto ley en el año 2006, de conformidad con el texto vigente a esa época. Dicha norma contemplaba la atribución del Tribunal de fijar condiciones que deben ser cumplidas en los hechos, actos o contratos consultados, incluyendo operaciones de concentración. A este respecto, el establecimiento de condiciones o medidas para la aprobación de una operación de concentración, en particular, por parte de este Tribunal, procuraba mitigar los riesgos unilaterales o coordinados para la libre competencia que pudieran generarse con motivo de dicha operación, identificados y ponderados en un análisis de naturaleza prospectivo al momento de evaluarse la misma.

5. Tales condiciones o medidas impuestas en resoluciones dictadas en el marco del procedimiento descrito en el párrafo anterior, así como sus efectos, “*son de duración indefinida, salvo que la propia resolución en cuestión establezca un plazo para la vigencia de tales condiciones*” (Sentencia N° 117/2011, c. 20°). De esta manera, para alzar o modificar una condición impuesta con motivo de un procedimiento de consulta, es necesario la presentación de una nueva consulta en la que se solicite tal término o modificación sobre la base de nuevos antecedentes. Lo anterior ha sido confirmado también en varias ocasiones por la Excm. Corte Suprema, por ejemplo, en la sentencia de 24 de febrero de 2020 dictada en autos Rol C.S. N° 44.266-2017 (c. 17°).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6. En particular, GLR, en un primer momento, solicitó la modificación de las Medidas por medio del desarchivo de los autos Rol NC N° 173-06 que dieron origen a la Resolución N° 20. No obstante, tal petición se rechazó ya que el desarchivo no es la vía idónea para obtener un pronunciamiento sobre una causa con resolución de término, sino que dicha solicitud debía presentarse de conformidad con lo señalado en los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, lo que derivó en el inicio del presente proceso (resolución de fojas 1490);

7. En lo que respecta a la naturaleza jurídica de las medidas establecidas en el marco del procedimiento reglado en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, la Consultante señala que éstas no pueden ser entendidas como una sanción sino como actos de naturaleza administrativa, cuyo análisis, aplicación y ejecución debe realizarse desde la perspectiva del Derecho Administrativo, incluyendo su origen y causales de extinción (párrafo 16 de la consulta). De esta forma, indica que es necesario evaluar la finalidad y motivación que subyacen a la imposición de las Medidas para efectos de determinar si es necesario declarar su extinción o modificación. Concluye que *“desapareciendo los presupuestos de hecho y derecho que movieron a la autoridad a emitir el acto administrativo, y porque desapareció el régimen legal bajo el cual se dictó la Resolución 20, se produce el decaimiento del acto administrativo como tal”* (párrafo 21 de la consulta).

8. La FNE, por su parte, citando diversa jurisprudencia de este Tribunal y comparada, indica que la revisión de condiciones impuestas en el marco de un procedimiento de consulta debe hacerse sobre la base de nuevos antecedentes que constituyan un cambio de circunstancias respecto de aquellas que se tuvieron a la vista para imponerlas. Dicho cambio de circunstancias debería constituir una variación significativa en las condiciones del mercado, respecto de aquellas que se tuvieron en vista al momento de resolver. Sostiene que en sentido similar la Comisión Europea contempla la posibilidad de una revisión excepcional, la cual sería procedente solo si el cambio que se alega cumple con los siguientes requisitos: (i) que sea significativo, es decir, que cuente con una magnitud tal que altere la naturaleza de los riesgos tenidos a la vista para fundar la resolución de la autoridad de competencia; (ii) que sea permanente; y, (iii) que torne las medidas en inoficiosas e inconducentes, esto es, que dejan de operar en el sentido esperado por la autoridad de competencia que las impuso (fojas 185).

9. En relación con lo anterior, la jurisprudencia en esta sede también ha reconocido la posibilidad de modificar o alzar una condición debido a un cambio de circunstancias jurídicas o económicas. En efecto, en la Sentencia N° 117/2011 se señaló que *“[l]as resoluciones en procedimientos ‘no contenciosos’, responden a*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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. 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.” (Sentencia N° 117/2011, c. 21°; asimismo, Resolución N° 53/2018, párrafo 123; y Resolución N° 57/2019, párrafos 50, 51 y 52).

10. A su vez, de conformidad con lo resuelto en la Sentencia N° 147/2015, las condiciones fijadas en procedimientos no contenciosos deben interpretarse considerando la finalidad y motivación de las mismas, con el objeto de que la medida propuesta sea eficaz. En su parte pertinente se estableció que *“toda medida preventiva o correctiva está compuesta no sólo de un objeto –esto es, una conducta exigida– sino también de una finalidad. En este sentido, la interpretación adecuada de las medidas se rige por el antiguo aforismo de que conviene atender al sentido de la norma (‘sensum’) más que, a las palabras (‘non verbum’), ya recogido por Ulpiano en el Digesto 34.4.3.9. Por consiguiente, para efectos de determinar el sentido de las medidas impuestas por este Tribunal (...) no sólo debe recurrirse a lo literal de las palabras (perspectiva formal o semántica), sino también a la finalidad económica o al propósito de dicha medida respecto del hecho, acto o convención revisado (perspectiva ideológica o funcional).” (c. 10°).*

11. En síntesis, para que este Tribunal modifique o alce las medidas o condiciones establecidas en el marco de un procedimiento consultivo, debe acreditarse un cambio significativo en los supuestos jurídicos o económicos que sustentaron el establecimiento de dichas medidas o condiciones.

III. ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS OBJETO DE LA CONSULTA

12. Tal como se indicó en la parte expositiva y según dispone la Resolución N° 20, la autorización de la compra por GLR Chile Limitada a Claxson Chile S.A. de la totalidad de las acciones de la sociedad Iberoamerican Radio Chile S.A. y de participaciones en otras sociedades filiales, se condicionó a cuatro medidas cuyo propósito fue acotar los riesgos identificados en dicha resolución. En particular, además de la obligación de deshacerse de concesiones de radiodifusión en un conjunto de ciudades y de no imponer cláusulas de no competencia a quien traspasaba el control de las concesiones y activos, a GLR y sus relacionadas se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

les impuso el deber de consultar a este Tribunal, en virtud de artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, cualquier eventual adquisición de nuevas concesiones (Medida N° 1), o su participación en los concursos públicos para la renovación de las concesiones que ya poseía o tuviese bajo su control (Medida N° 2).

13. De conformidad con el objeto de esta consulta, se revisará la finalidad y justificación esgrimida en la Resolución para imponer a GLR y sus relacionadas el cumplimiento de la Medida N° 1 para luego analizar, de conformidad con los antecedentes que obran en el expediente, si dichas motivaciones siguen vigentes o si éstas han variado atendida la existencia de los nuevos antecedentes económicos o jurídicos. Luego se hará la misma revisión respecto de la Medida N° 2.

14. Cabe tener como antecedente que la Consultante, a esta fecha, no ha solicitado la aprobación de nuevas adquisiciones de concesiones de radiodifusión, siendo las únicas consultas presentadas aquellas recaídas en renovaciones de las concesiones de las cuales GLR es titular; habiendo sido todas ellas aprobadas (Resoluciones N° 29/2009; 32/2010; 36/2011; 40/2012; 44/2013; 55/2019 y 56/2019).

A. Análisis relativo a la Medida N° 1

15. Corresponde entonces revisar la justificación que habría motivado a este Tribunal imponer a GLR y sus relacionadas el cumplimiento de la Medida N° 1. Al respecto, la Resolución N° 20 señaló que la mayor concentración en el mercado de avisaje en radio, si bien no era por sí misma contraria a las normas de libre competencia, podían aumentar los riesgos de abusos unilaterales por parte de la empresa fusionada. Así, señaló que, por un lado, existía el riesgo de la fijación de precios abusivos y, por otro, la adopción de prácticas exclusorias, como la predación y las ventas atadas con el objeto de aumentar el poder de mercado (c. 61°).

16. Primero, respecto del riesgo de fijación de precios abusivos, a pesar de que la Resolución estimó su existencia (c. 61°), se concluyó que la probabilidad de ocurrencia de esta conducta era baja. En efecto, según se indicó en la Resolución, existían diversos motivos que permitían presumir que GLR no tendría la capacidad para fijar a sus anunciantes precios por encima de los competitivos por cuanto: (i) la empresa fusionada obtendría el 98,5% de sus ingresos por publicidad de difusión nacional, la cual era contratada en una fracción mayoritaria por las agencias de medios que negociaban en forma centralizada la inversión publicitaria de los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

anunciantes y que además formaban parte de un mercado moderadamente concentrado; (ii) existían claras asimetrías en el poder de negociación a favor de las agencias de medios; y (III) las agencias de medios invertían entre el 1% y 3% de su presupuesto global en Iberoamericano Radio Chile S.A., el grupo de radios adquirido por GLR. Por lo anterior, y atendido el hecho de que la publicidad en radio actúa predominantemente como un apoyo o complemento en las campañas publicitarias, este Tribunal determinó que *“cualquier intento de ejercicio de poder de mercado por parte de un grupo radial, vía la fijación de precios abusivos para el avisaje radial, probablemente tendría el efecto de desviar avisaje desde la empresa consultante hacia sus competidores, o bien terminaría por desincentivar el avisaje radial”* (c. 62°).

17. Segundo, en cuanto al riesgo de prácticas exclusorias, esto es, la predación y las ventas atadas asociadas a tales propósitos, en la Resolución se señaló que existían elementos en el mercado que atenuarían la posibilidad de que la Consultante ejecutara dichas prácticas. Por un lado, la probabilidad de preñar (en especial, el primer período de sacrificio de ganancias) sería baja en este mercado porque implicaría aumentar los tiempos de publicidad que emite una radio, lo que repercute negativamente en su audiencia (los radioescuchas). Esto debido a que, frente a una calidad dada de contenido, es probable que la audiencia tienda a disminuir si se aumenta el tiempo asignado a publicidad, por lo que existirían límites a la cantidad de publicidad que puede captar un determinado oferente, reduciendo el incentivo a rebajar sustancialmente los precios, uno de los elementos que deben concurrir en la práctica de predación. Por otro lado, en relación con eventuales conductas de ventas atadas, la Resolución N° 20 no descartó su ejecución por parte de GLR y sus relacionadas, particularmente si la entidad fusionada lograba incrementar significativamente su participación de mercado como conglomerado radial (c. 63°).

18. En lo que respecta a las eficiencias que podían derivar de la operación de concentración, en la Resolución se concluyó que no se acompañaron antecedentes que respaldaran su efectividad, ni cómo o en qué grado éstas serían traspasadas a los consumidores. Con todo, se reconoció que la Operación podía aumentar la diversidad de contenidos ofrecidos a los auditores y que, con ello, podrían surgir nuevos canales para la distribución de avisaje en segmentos de la población previamente no servidos. En definitiva, la Resolución estableció que, como consecuencia de la Operación, existía la oportunidad de que se utilizara de forma más eficiente el espectro, por la vía de aumentar la variedad y calidad de contenidos y, con ello, la audiencia y la participación del medio en la inversión

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

publicitaria total. Sin perjuicio de ello y en atención a que *“no hay certeza de que éste sea efectivamente el resultado de la operación”*, se impuso la Medida N° 1 que se analiza.

19. Como se puede apreciar, si bien se identificaron como posibles riesgos a la competencia la imposición de precios abusivos y la ejecución de prácticas exclusorias, tales como precios predatorios y ventas atadas para excluir competidores por parte de GLR, al evaluarlos en detalle se concluyó que, dada la estructura del mercado existente al momento de la consulta, sólo las ventas atadas eran plausibles de ser implementadas, minimizando el riesgo que GLR pudiera cobrar precios abusivos o adoptar una estrategia de predación para excluir competidores del mercado.

20. Adicionalmente, el Tribunal indicó que la imposición de la Medida N° 1 serviría también *“como una medida prudencial y precautoria destinada a salvaguardar una idónea oferta de contenidos de información, mediante la existencia de una razonable pluralidad de agentes productores y distribuidores de información”* (c. 64°). Es decir, la imposición de la Medida N° 1 tuvo por objeto no solo evitar el riesgo unilateral de ventas atadas, sino que también velar por la existencia de una oferta idónea de contenidos de información en aplicación del artículo 38 de la Ley de Prensa vigente a esa época. Al respecto la Resolución N° 20 precisó que *“el artículo 38° no impone la necesidad de efectuar un análisis de diferente naturaleza a aquel propio de cualquier operación de concentración, a la luz de las normas sobre protección a la libre competencia, sin perjuicio de que establece la exigencia de considerar también en dicho análisis los efectos que una concentración empresarial en la industria de los medios de comunicación pueda producir en el pluralismo informativo y en la libertad de expresión”* (c. 8°).

21. En efecto, a la fecha de la dictación de la Resolución N° 20, la Ley de Prensa (N° 19.733) contenía un mandato para que este Tribunal velara por el mercado informativo, mandato que fue derogado el año 2009 por la ley N° 20.361 y que logró cristalizar *“el giro hacia la especialización en materias de libre competencia del Art. 38° de la LP”* (informe en derecho acompañado por la FNE a fojas 313, p. 9). Sin perjuicio de ello, mejores condiciones de competencia en los mercados contribuyen a resguardar, de forma indirecta, el pluralismo en los medios de comunicación, tal como ha sido reconocido por este Tribunal (v. gr. párrafo 9.8 Resolución N° 41/2012 y párrafo 57 Resolución N° 44/2013).

22. Atendido lo señalado en los párrafos anteriores, para evaluar la pertinencia de mantener la Medida N° 1 es necesario analizar si existe un cambio de circunstancias de naturaleza jurídica o económica que justifique su alzamiento. En

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

lo que concierne a las circunstancias económicas, se determinará si los riesgos que se intentaron precaver con la Medida N° 1 siguen vigentes, para lo cual será necesario analizar las modificaciones que ha experimentado el mercado relevante afectado por la operación de concentración que dio origen a la Resolución N° 20 y la evolución de sus condiciones de competencia. Luego, en lo que respecta a las circunstancias jurídicas, se evaluará el impacto que tiene sobre esta medida específica la reforma introducida por la ley N° 20.945 en relación con las operaciones de concentración, que invoca la Consultante.

(i) El mercado relevante y evolución de sus condiciones de competencia

23. La Resolución N° 20 señaló que la consulta presentada en ese procedimiento incidía en el mercado de la radiodifusión sonora, el que describió como *“un servicio de telecomunicaciones concesionado por el Estado, cuyas transmisiones están destinadas a la recepción libre y directa por el público en general. La transmisión de las señales de radio se realiza por medio del espectro radioeléctrico y, por tanto, todas aquellas personas localizadas dentro del área de cobertura pueden escuchar dichas señales, libre y gratuitamente, haciendo uso de un radiorreceptor (...), el mercado de los servicios de radiodifusión tiene la particularidad de que el consumidor no paga por los servicios de información y entretenimiento que recibe (...). Así, las radios emiten en forma gratuita programas destinados a informar y entretener a la comunidad y con ello se constituyen en un medio idóneo para transmitir publicidad, principal fuente de financiamiento de su actividad comercial”* (c. 10° y 11°).

24. En cuanto al alcance geográfico del mercado de la radiodifusión sonora, en la Resolución se estableció que éste comprendía todo el territorio nacional, sin perjuicio de reconocer la existencia de segmentos de mercado o determinadas ciudades en las que las cadenas nacionales compiten con radios locales en la captación de anunciantes también locales (c. 37°).

25. Respecto a la concentración en el mercado indicado, en la Resolución se expuso que, de materializarse la operación de concentración en los términos consultados, GLR tendría una participación del *“44,7% de la audiencia total en Santiago, el 45,5% en Iquique, el 37,7% en Antofagasta, el 45,6% en La Serena, el 28,6% en Valparaíso, el 40,1% en Concepción y el 38,1% en Temuco. La empresa resultante de la operación participará así, en promedio, con el 38,9% de la audiencia en regiones”* (c. 40°). Además, se estableció que luego de la fusión, GLR tendría 235 concesiones radiales que equivalían, al 2007, al 32,5% del total a nivel nacional (c. 53°). Asimismo, se concluyó que después de la operación, cambiaría

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la configuración del mercado de avisaje en radio y la Consultante *“pasaría a ser el líder del mercado con una participación del 37,4% del avisaje en radio y con 12 señales de radio a nivel nacional. Los competidores más próximos de la empresa concentrada serían los grupos Flia. Benzanilla y Cía. Chilena de Comunicaciones, los que participan con el 10,2% y 9,2% del mercado de avisaje en radios y que cuentan con 3 y 2 señales, respectivamente”* (c. 42°).

26. En relación con la presencia de diferentes segmentos en el mercado de la radiodifusión sonora, en la Resolución N° 20 se indicó que existía una *“fuerte segmentación de las radios por tipo de contenidos y por segmentos socioeconómicos. A su vez, una segmentación más fina dentro de los contenidos de las radios FM está asociada al tipo de música que transmiten. Por último, y más relevante aún desde el punto de vista del anunciante, dicha segmentación se produce también de acuerdo con el perfil socioeconómico de los oyentes de la radio”* (c. 31°).

27. En lo referente a las condiciones de entrada, en la Resolución N° 20 se señaló que de acuerdo con el artículo 8° de la ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, la instalación, operación y explotación de servicios de radiodifusión sonora requiere de una concesión otorgada por decreto supremo. A su vez, las concesiones para servicios de radiodifusión se asignan por concurso público por 25 años al postulante que, ajustándose a las bases del concurso, ofrezca *“las mejores condiciones técnicas que aseguren una óptima transmisión o excelente servicio”* (artículo 13 de la Ley General de Telecomunicaciones, vigente a esa época).

28. Siguiendo con el análisis desarrollado, la Resolución N° 20 concluyó que, atendido que la concesión otorga el uso y goce exclusivo de una parte del espectro radioeléctrico, ésta constituye un insumo esencial para la producción de servicios de radiodifusión sonora, por lo que la principal barrera a la entrada que enfrentaba un potencial competidor en la industria radial era la obtención de una concesión para la transmisión de señales de radio. (c. 48°).

29. Con posterioridad a la Resolución y con motivo de renovaciones de las concesiones de radiodifusión de la Consultante, este Tribunal ha señalado que el mercado relevante del producto es un mercado de dos lados que considera, por una parte, las emisiones radiofónicas y, por otra, la venta y difusión de espacios de publicidad en radios, sin incluir otros medios de comunicación o plataformas (Resolución N° 56/2019). Adicionalmente, si bien en la Resolución N° 20 se indicó que las radios de amplitud modulada (AM) competían con las radios de frecuencia modulada (FM) en la captación de inversiones en publicidad, en decisiones

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

posteriores sobre esta misma industria se excluyó del mercado relevante a las radios AM por considerarse que no son sustitutos significativos de las estaciones FM (véase por ejemplo Resoluciones N° 44/2013, 55/2019 y 56/2019). Esta última interpretación es compartida por la FNE (fojas 190) y se mantiene por este Tribunal, ya que no existen antecedentes que permitan sostener que las radios AM son sustitutos de las radios FM. Sin perjuicio de lo anterior, según se señala a continuación, la irrupción de nuevas tecnologías sí ha generado un cambio en las condiciones de competencia en este mercado.

30. En cuanto al rol de las nuevas tecnologías, GLR argumenta, en particular, sobre su incidencia en el mercado relevante. De acuerdo con la Consultante, éstas generarían presión competitiva sobre las radios FM, además de aquella que ejercen otros grupos de naturaleza estrictamente radial y radios independientes que compiten en el mercado, tales como Compañía Chilena de Comunicaciones que opera radio Cooperativa, Operaciones el Conquistador que opera las radios El Conquistador y Para Ti, y Publicaciones y Difusión que opera radio Agricultura (fojas 60). Indica que, si bien la radio digital estaría en evolución en nuestro país, habría existido una proliferación importante de ella en otros países como Noruega, el Reino Unido y Dinamarca (fojas 60). Adicionalmente, plantea que plataformas de música en línea como Spotify, Apple Music y Google Play, se posicionan en Chile como competidores de las radios tradicionales debido a que en los últimos años han desarrollado servicios gratuitos como “emisoras”, asimilándose en gran medida a las radios convencionales. Como consecuencia de esto último, estas plataformas competirían en el mercado del avisaje publicitario con las radios, especialmente en el segmento dirigido a la población joven (fojas 61).

31. Lo anterior es desarrollado en el informe económico acompañado por GLR a fojas 281, en el que se sostiene que *“IARC [Iberoamerican] ha sufrido disminuciones de ingresos relevantes en los segmentos en los que tiene mayor presencia, como el juvenil y femenino. Al menos respecto del segmento juvenil, lo anterior se explicaría principalmente porque es un grupo sensible al ingreso de los medios digitales”* (Informe económico, p. 27).

32. En contraste, a juicio de la FNE, la penetración de nuevas tecnologías, como transmisiones vía *internet* y telefonía móvil, operarían en forma más bien complementaria a las radios tradicionales. En específico, en relación con el surgimiento de plataformas como Spotify o Youtube, la Fiscalía sostiene que *“la aparición de dichas plataformas no ha venido aparejada de una disminución en el porcentaje de la población que escucha radio, ni tampoco es posible identificar un cambio importante en el consumo de radio a nivel generacional”*. La afirmación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

anterior se sustentaría en el Cuadro N° 6 del aporte de antecedentes de fojas 161, en cuanto mostraría que la distribución etaria de la población coincidiría, gruesamente, con la distribución generacional de los auditores de radio (fojas 200). Sin perjuicio de lo anterior, la FNE admite que las generaciones más jóvenes - *millennials* y *centennials*- utilizan más de una plataforma, lo cual “*amplía los medios utilizados sin que necesariamente dejen de escuchar radio*”, pues esta última cumpliría funciones distintas (fojas 200 y 201).

33. En definitiva, la FNE concluye que “*actualmente en Chile dichas plataformas no competirían directamente contra la radio FM tradicional, sino que existiría una relación de complementariedad. No obstante, es plausible pensar que la relación entre las distintas plataformas y la radio podría evolucionar en el largo plazo, en la medida que evolucione el contenido y las características diferenciadoras de dichas plataformas*” (fojas 201).

34. Cabe señalar que la Fiscalía fundamenta la afirmación anterior en base a un estudio elaborado por la Asociación de Radiodifusores de Chile (Archi) en conjunto con la firma de investigación de mercado Ipsos sobre la industria radial, del año 2019. Ipsos informa respecto a este estudio que la “*publicación recorre distintos mitos que se han generado en torno a este medio y va rompiendo creencias en torno a el (sic)*”, teniendo como finalidad remarcar las bondades y fortalezas de la radio, “desmitificando” la idea de que los medios desarrollados a través de plataformas digitales están desplazando a la radio (véase, Archi e Ipsos, “*La radio, presente y futuro de una industria que no se detiene*”, disponible para su descarga en <https://www.ipsos.com/es-cl/la-radio-presente-y-futuro-de-una-industria-que-no-se-detiene>).

35. Revisados los antecedentes presentados por la FNE, no es posible concluir que las radios y los medios digitales de transmisión sonora son complementarios, ya que no existen datos que permitan observar que su elasticidad de precio cruzada sea negativa. Por el contrario, existen referencias en el expediente de investigación de la FNE (contenido en el disco compacto que rola a fojas 263), que dan cuenta que algunos medios digitales de transmisión sonora efectivamente ejercen presión competitiva, a través de una relación de sustitución, desde la perspectiva de la venta de espacios publicitarios que realizan las radios. Así se desprende, por ejemplo, de las declaraciones prestadas ante dicho organismo por Viviana Zaldívar, directora comercial de Zanco, y Roberto Wittig, gerente de Omnicom Media Group Chile S.A., ambos relacionados con la venta de publicidad en medios.

36. Así, Viviana Zaldívar, directora comercial de Zanco, en su declaración manifestó que “[E]l grupo más difícil publicitariamente de llegar son los jóvenes,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

porque los jóvenes no ven tele, ven tele cuando quieren, entonces a ellos llegas por Netflix, llegas por streaming, por Spotify (...) cuando yo todavía estaba en agencias, todavía habían radios juveniles que los clientes compraban sí o sí, entonces ahora no..., el 90% de ese presupuesto se fue a digital, porque pillas al cabro en Spotify, como que ellos escuchan la radio cuando quieren, entonces no tienen, no esperan un programa” (documento N° 17, p. 24, del disco compacto que rola a fojas 263).

37. En similar sentido se pronunció Roberto Wittig de Omnicom Media Group Chile S.A., quien en parte de su declaración se refiere extensamente a la influencia generada por las innovaciones de los medios digitales sobre la radio tradicional y sugiere la existencia de un creciente grado de sustitución entre ellos, pues señala que “(...) hoy día publicar en digital es mucho más barato y mucho más eficiente. De hecho, el [x%] [m]ás o menos de la publicidad digital es Google y Facebook (...) Y no son los medios locales...”. Luego, ante la pregunta formulada por la FNE sobre si las radios, en su versión digital, ya sea *streaming* o las radios digitales, podrían en el corto plazo competir y reducir importantemente la inversión en radios análogas, la respuesta del declarante se centra en uno de los espacios donde la radio sería empleada con intensidad, a saber, el automóvil. Prevé así que existiría algún efecto en la medida que los automóviles puedan disponer de *streaming* directo, aunque matiza sugiriendo que podrían surgir otras necesidades, sosteniendo que “*va a morir la radio de alguna manera, pero lo veo difícil...*” (documento N° 16, p. 18, del disco que rola a fojas 263). En otro pasaje de su declaración, ante la pregunta más directa sobre si las plataformas de *streaming*, entiéndase Spotify y otras, abarcan publicidad que hoy se puede transmitir por medio de radios análogas, el declarante señaló “*Para nosotros como agencia es lo mismo, porque es radio (...) Hoy día, tú la puedes escuchar por distintos lados*” (ibid., p. 28). Por último, ante la pregunta de si las radios digitales y las análogas compiten por la misma inversión, o más bien están siendo complementarias, el señor Wittig sostuvo que “*las radios análogas son un medio más caro. Lo digital es más barato, pensando especialmente en el efecto por auditor.*” (ibid. p. 29).

38. Lo señalado por ambos declarantes daría cuenta, por un lado, que los medios digitales y plataformas de *internet* ejercen presión competitiva sobre las radios al menos en segmentos en los cuales el uso de plataformas es más común, como el juvenil, y por otro, que la demanda por avisaje es una demanda derivada de la audiencia, lo que significa que la audiencia es, directa o indirectamente, uno de los factores más valorados por los avisadores, a quienes les interesa llegar a la mayor cantidad de público al menor costo posible.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

39. Siguiendo con esta línea argumental, como el uso de plataformas digitales es más común en el segmento juvenil y atendido que este es un segmento relevante en la audiencia de las radios, como se detalla a continuación, es pertinente y necesario incluir a las nuevas tecnologías dentro del mercado relevante del avisaje publicitario en medios que entregan contenido vía audio. En efecto, de acuerdo con la información proporcionada por la FNE, las generaciones más jóvenes -*millennials* y *centennials*- representan un poco menos de un tercio de la audiencia radial (fojas 200) lo que las convierte en un segmento relevante para las radios. A su vez, como el segmento juvenil es el que más utiliza las plataformas digitales, la incidencia que las nuevas tecnologías de emisión ejercen sobre la publicidad dirigida a este segmento resulta relevante para las radios tradicionales.

40. Adicionalmente, los nuevos medios digitales tienen la posibilidad de tarifificar en la punta de los consumidores finales o en la punta de los avisadores, mas no así las transmisiones realizadas por ondas de radio. De esta forma, los medios digitales tienen mayores grados de libertad para potenciar su demanda mediante tarifificación más efectiva a sus propósitos, lo que de paso podría permitirles internalizar eventuales externalidades que existan en esas plataformas.

41. A modo ilustrativo, resulta significativo que esas plataformas *online* ofrezcan acceso diferenciado a consumidores que pueden optar por una tarifificación directa (opción "*premium*"), mediante el pago de una suscripción, en contraste con aquellos que eligen la opción "gratuita", en que se tarififica por el lado del avisaje a la empresa avisadora. Lo anterior sugiere que la opción gratuita de las plataformas sería un sustituto más próximo de la radio.

42. En este orden de consideraciones, según información de la Asociación Chilena de Publicidad A.G., entre el año 2009 y el 2017, la inversión publicitaria en radios aumentó en un 23%, mientras que, en el mismo período, la publicidad en medios *online* se multiplicó por siete. En concreto, en 2009 la inversión en medios *online* representaba el 42% de lo invertido en radios, mientras que en el año 2017 esta relación cambió, alcanzando el 231% de lo invertido en dicho medio (<https://www.achap.cl/wp-content/uploads/2019/07/Inversion-ACHAP-2018-2.pdf>, página 14 del documento). Aunque tal inversión en medios *online* considera el conjunto de medios y no solamente las aplicaciones que permiten transmisión sonora, este aumento refleja las mayores posibilidades de alcanzar eficientemente al público objetivo. De esta forma, es posible sostener que el mercado relevante de autos debe considerar los medios *online* que permiten la transmisión sonora, especialmente en el lado del avisaje publicitario, lo que conlleva a concluir que la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

participación de GLR y de la radio FM, en general, ha disminuido a través del tiempo.

43. En suma, la irrupción de nuevas tecnologías y los cambios experimentados en la industria sugieren que, para propósitos del análisis del mercado de avisaje publicitario, la sustitución entre medios análogos y digitales habría aumentado significativamente. En efecto, el ingreso de medios y plataformas digitales, particularmente las de música *online* como Spotify, se han posicionado fuertemente. Ellas permiten que los usuarios puedan programar a su gusto, beneficiarse de algoritmos que les ofrecen opciones en base a sus elecciones particulares, y elegir entre medios que no tienen publicidad de aquellos que, como la radio, necesariamente contemplan publicidad porque es su única fuente de financiamiento, especialmente en algunos segmentos de música (véase, por ejemplo, Schedl, M. (2017), *Investigating country-specific music preferences and music recommendation algorithms with the LFM-1b dataset. International Journal of Multimedia Information Retrieval*, p. 71–84 y I. Sile, A. Segura y R. Solis (2020), *Folk theories of algorithmic recommendations on Spotify: Enacting data assemblages in the global South*, <https://doi.org/10.1177/2053951720923377>).

44. Por su parte, la efectividad de la publicidad en los medios digitales es mayor porque permiten apuntar a segmentos mejor definidos y más acotados, abaratando así los costos por usuario relevante alcanzado. Así lo sugiere en su declaración ante la FNE el Sr. Roberto Wittig respecto del efecto de la tecnología digital, al señalar que “[c]ambió yo creo porque hay más tecnología, te fijas, hay más tecnología y el mundo digital también lo hizo cambiar mucho. O sea, hoy día publicar en digital es mucho más barato y mucho más eficiente” (documento N° 16, p. 18, del disco que rola a fojas 263). La mayor eficiencia de la publicidad en los medios digitales fue avizorada en las Resoluciones N° 40/2012 y N° 55/2019. Véase además antecedentes sobre el tema en <https://mmaspain.com/wp-content/uploads/MMA-LATAM-Playbook-Audio-Advertising-La-nueva-frontera-de-la-publicidad-mobile.pdf>.

45. En lo que respecta al otro lado del mercado, esto es, a los auditores de las radios, la Consultante argumenta que, por el hecho de que éstos no efectúan prestación económica alguna por los servicios que reciben, ello implicaría la ausencia de un mercado de emisiones radiofónicas propiamente tal (fojas 52).

46. La FNE, por su parte, controvierte que no exista un mercado de auditores pues indica que “el hecho de que los auditores no realicen desembolsos económicos por los servicios no necesariamente implica que no exista dicho mercado, ni que no lo valoren o se puedan ver afectados frente a cambios en la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estructura competitiva del mismo y/o acciones de los incumbentes. Las externalidades entre los grupos pueden hacer que sea óptimo cobrar un precio cero a uno de los lados del mercado, para así maximizar los ingresos totales mediante ingresos obtenidos por el otro lado del mercado” (fojas 203). En esta parte, la Fiscalía hace referencia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”) y a otros autores que recomiendan definir el mercado como uno de dos lados, aun cuando el precio pagado por uno de los grupos de consumidores sea cero, lo que llaman “*non-transaction markets*” o mercados no transaccionales (véase por ejemplo OCDE, *Market definition in multi-sided markets – Note by Sebastian Wisner & Arno Rasek*, DAF/COMP/WD(2017)33/FINAL, 2017, y Filistrucchi, L., Geradin, D., Van Damme, E., & Affeldt, P., *Market definition in two-sided markets: Theory and practice*. Journal of Competition Law & Economics, 10(2), 293-339, p. 300-301, 2014).

47. Este Tribunal concuerda con lo planteado por la Fiscalía respecto a la existencia de un mercado de auditores, aun cuando éstos no paguen por acceder a las transmisiones. Así, debe entenderse que la demanda por avisaje que concentran las agencias de medios, conforme se analiza en el párrafo 68 siguiente, es una demanda derivada cuyo fin último es alcanzar a los auditores, y que está potenciada por las externalidades de red que se pueden generar.

48. Por todo lo anterior, las radios digitales y las plataformas de música *online* deben ser incluidas dentro del análisis del mercado relevante del producto, tanto desde el lado del avisaje publicitario como del lado de los auditores.

49. En cuanto al alcance geográfico del mercado, en la presente causa la Consultante y la FNE concuerdan con la definición establecida en la Resolución N° 20, para el caso del avisaje publicitario (fojas 55 y fojas 202, respectivamente), es decir, que éste tendría un alcance nacional sin perjuicio de que existen segmentos de mercado o determinadas ciudades en los que las cadenas nacionales, a través del descuelgue de sus estaciones, compiten con radios locales en la captación de anunciantes locales. Por ello, esa definición será la utilizada.

50. Respecto del ámbito geográfico del mercado en lo relativo a los auditores, la Fiscalía estima que éste debe considerar que los auditores sólo “*puede[n] escuchar las radios que están dentro de su zona de cobertura, por lo que no existe sustitución hacia otras radios de otras localidades si se accede a ella mediante un radiorreceptor. Sin embargo, debido a que los conglomerados radiales tienen una programación única para todo el país, es necesario considerar también una dimensión nacional*” (fojas 204).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

51. La definición propuesta por la FNE es concordante con lo que ya fue señalado en la Resolución N° 20 en cuanto a que, el mercado relevante geográfico por el lado de los auditores continúa teniendo un alcance nacional, sin perjuicio de que existen determinadas localidades en las que las cadenas nacionales compiten con radios locales en la captación de anunciantes locales. Esta definición no se ve alterada con la incorporación de otras tecnologías de transmisión sonora porque éstas también cuentan con la capacidad para dirigir publicidad a segmentos y regiones específicas del país. En efecto, y sólo a modo de ejemplo, en su política de privacidad Spotify señala que puede compartir información de los usuarios, con sus socios avisadores, con el objeto de que estos últimos puedan personalizar el contenido publicitario que se emite. Así, esta compañía indica que “[N]osotros y nuestros socios publicitarios podemos procesar ciertos datos personales para ayudar a Spotify a comprender sus intereses o preferencias, de modo que podamos entregarles anuncios que sean más relevantes para usted” (traducción libre 6. *Sharing your personal data. Advertising partners*, véase <https://www.spotify.com/us/legal/privacy-policy/#6-sharing-your-personal-data>).

52. En definitiva, el mercado relevante será definido, por un lado, como el alcance de las emisiones radiofónicas FM y el de otras plataformas tecnológicas que permiten la transmisión sonora a través de medios digitales y, por el otro lado, el de la venta y difusión de espacios de publicidad en ambos tipos de medios. En cuanto al mercado relevante geográfico, este sigue siendo el territorio nacional, sin perjuicio que, en casos distintos al de autos, pudiera llegar a considerarse uno más restringido, a determinadas localidades, en las cuales pudieran participar radios locales, cadenas nacionales con capacidad tecnológica de descuelgue y medios digitales con la capacidad de emitir publicidad específica en dichas localidades.

53. Si bien el mercado relevante del producto definido incluye las nuevas tecnologías digitales de transmisión sonora, la información sobre sus participaciones de mercado, particularmente respecto de los distintos segmentos de auditores, no se encuentra agregada al expediente por lo que no es posible su determinación para efectos de esta resolución, lo que no altera, en todo caso, la definición de mercado relevante establecida en el párrafo anterior.

54. Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, y atendido que el ámbito del mercado relevante es hoy más amplio que aquel analizado en la Resolución N° 20 y que GLR no participa en los nuevos medios digitales de transmisión sonora, igualmente es posible concluir que, en el caso de esta definición más conservadora, su participación disminuye de acuerdo con los antecedentes aportados por la FNE, según se da cuenta más adelante.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

55. En efecto, la Fiscalía acompañó antecedentes sobre participaciones de mercado al año 2019, medidas en niveles de audiencia y en capacidad de emisión en base a la definición de mercado relevante indicada en la Resolución N° 20. En su presentación da cuenta que GLR tiene un rango entre 40%-50% de participación medido en audiencia y el 10,3% del total de concesiones radiales a nivel nacional, con 194 concesiones bajo su administración. Sin embargo, GLR señaló que contaba con 202 concesiones, las que equivalen al 11,3% del total (fojas 66), porcentaje que consideraremos en este análisis. Asimismo, por el lado de la difusión de espacios de publicidad en radios, la FNE indica que la Consultante sigue siendo el principal actor con un rango de participación de 20%-30% en avisaje a nivel nacional, superando en un 10%-20% al segundo competidor en orden de importancia (fojas 210).

56. Como se puede observar en la Tabla N° 1, al comparar la participación de mercado informada al año 2019 de GLR con la que se constató en la Resolución N° 20, se puede concluir que el número de concesiones radiales que administra el grupo radial de la Consultante ha disminuido, sin perjuicio que sigue teniendo la mayor participación en ambos lados del mercado. Adicionalmente, como se puede apreciar del aporte de antecedentes de la FNE, también la participación de mercado de GLR en el de avisaje publicitario ha disminuido.

Tabla N° 1 - Evolución participación de mercado de GLR

Participación de mercado GLR	2007	2019
Audiencia	44,7%	[40-50]%
N° de concesiones radiales	32,5%	11%
Ingresos por publicidad	37,4%	[20-30]%

Fuente: elaboración propia en base a Resolución N° 20 y antecedentes acompañados por GLR a fojas 29 y FNE a fojas 161.

57. En relación con dicha información, la FNE concluye que *“la posición de mercado de GLR sigue siendo importante, y que su posición de relevancia se ha mantenido relativamente estable luego de la Operación”* (fojas 218). Por su parte, el informe económico acompañado por GLR interpreta esta evolución haciendo hincapié en que GLR habría disminuido su distancia en el liderazgo del mercado con otros actores del mercado al concluir que, *“bajo cualquier medición de participación de mercado (concesiones, audiencia e inversión en publicidad) el Grupo IARC ha disminuido considerablemente su participación en el mercado relevante definido por el TDLC en su Resolución 20 de 2007”* (Informe económico, fojas 281, p. 16).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

58. Como se puede apreciar en la Tabla N° 1 anterior y como se anticipó en el párrafo 55 anterior, GLR ha disminuido su participación incluso bajo la definición de mercado relevante usada en la Resolución N° 20, medida en número de concesiones e ingresos por publicidad.

59. Respecto a las condiciones de entrada al mercado, según la Fiscalía, ellas no han variado de manera sustancial respecto a las existentes el año 2007, y la principal barrera a la entrada continuaría estando dada por la obligación de contar con concesiones de radiodifusión sonora. Además, a fojas 218 la FNE indica que Subtel informó que *“sólo en las localidades de Cartagena, Futrono, Isla de Pascua, Puerto Aysén, y Tongoy habrían frecuencias disponibles, sin embargo, bastaría cambiar alguno de los parámetros técnicos empleados (...) para obtener un resultado contrario”* (fojas 189, nota N° 105), por lo que, a su juicio, en la mayoría de las localidades más importantes del país no existen frecuencias disponibles y el mecanismo de renovaciones de frecuencias en la práctica no ha permitido mayormente el ingreso de nuevos actores. Lo anterior, resultaría particularmente relevante respecto de aquellas concesiones que GLR posee y que tienen el carácter de indefinidas (ver “Anexo de Renovaciones”, acompañado a fojas 161).

60. La escasa disponibilidad de espectro para ser otorgado en concesión es confirmada por la Subtel, quien informó que *“desde el año 2007 al presente se han otorgado nuevas concesiones y no ha habido un número significativo de extinciones”*. Sin embargo, agrega que *“en las capitales de regiones desde la IV a la X es improbable que existan frecuencias disponibles para nuevas radioemisoras comerciales de potencias mayores a 100 watts y que existen además otras ‘áreas’ de gran saturación como son la región V y en el valle central entre las regiones metropolitana y IX”* (fojas 149), antecedente que corrobora lo indicado por la Fiscalía en cuanto a la falta de disponibilidad de frecuencias en las zonas más densamente pobladas del país.

61. Por su parte, GLR señala que una de las formas en que un agente económico puede ingresar a este mercado, en aquellos lugares donde el espectro se encuentra saturado, es mediante la transferencia y arrendamiento de concesiones de frecuencias radiales ya asignadas (fojas 66). En este sentido, como prueba de que la entrada a este mercado es posible, GLR acompañó, a fojas 67, un cuadro con 22 cambios de dueños o de formatos de radios ocurridos entre los años 2007–2018. Concluye su argumentación expresando que, a su juicio, *“los hechos expuestos demuestran la existencia de un mercado de transferencias y arriendo de concesiones de radiodifusión dinámico, cuyos naturaleza y entidad (SIC) no fue un elemento ponderado por este H. Tribunal a la hora de imponer las*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Medidas a GLR y sus relacionadas, de manera tal que puede ser considerado como un factor relevante a la hora de determinar la existencia de cambios sustanciales en la industria” (fojas 69).

62. La FNE tiene una opinión distinta, afirmando que, si bien es cierta la existencia de un mercado secundario de frecuencias, ello no implica que las concesiones dejen de constituir una barrera a la entrada. Además, indica que “[E]n equilibrio, el precio de las concesiones en el mercado secundario debiese reflejar el valor presente de los flujos futuros asociados con dicha concesión. Luego, un aumento en la rentabilidad del mercado no necesariamente se reflejará en un ingreso mediante el mercado secundario, debido a que es probable que el precio de la concesión aumente al aumentar la rentabilidad del mercado. De esta manera, para un entrante marginal no existirían los incentivos suficientes que justifiquen su entrada” (foja 219). Asimismo, sostiene que la posibilidad de un reacomodo exitoso no está garantizada porque este sería, según declaración de representantes del grupo Bethia ante dicho organismo el 3 de diciembre de 2019, un mercado maduro que ya cuenta con actores que ofrecen alternativas que abarcan todos los segmentos (fojas 219 y 220).

63. Sin perjuicio de que el espectro estaría saturado en los principales centros urbanos del país, el hecho de que exista evidencia de cambios en la propiedad de las radios y también de nombre o formato, como lo señala la Consultante a fojas 67, sugiere que eventuales actores que posean poder de mercado, no estarían actuando para consolidarlo y, por el contrario, habría espacios, aunque acotados, de cambios en el mercado secundario en esta industria que permiten desafiarlos. Adicionalmente, los medios digitales de transmisión sonora no requieren espectro, lo que amplía la capacidad de entrar a este mercado.

64. En definitiva, si bien la falta de espectro disponible impide que aumente el número de emisores que usan espectro en las principales ciudades del país, ello no implica que sea imposible entrar con radios análogas a este mercado pues existe un mercado secundario activo de espectro. Adicionalmente, como se mencionó, han surgido otros medios, especialmente los medios digitales de transmisión sonora, que no requieren disponer del espectro en cuestión, que ya han comenzado a ejercer presión competitiva, especialmente en ciertos segmentos de auditores.

65. En suma, el análisis que dan cuenta los párrafos anteriores, permite concluir que las condiciones de mercado analizadas en la Resolución N° 20 han experimentado cambios favorables, toda vez que: (i) han ingresado al mercado relevante los medios digitales de transmisión sonora, que no necesitan utilizar el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

espectro radioeléctrico para su funcionamiento; (ii) las concesiones radiales FM han aumentado, lo que ha significado una disminución de la participación de mercado de la Consultante; y (iii) existe un mercado secundario activo de concesiones de radiodifusión.

(ii) Análisis de los riesgos que se intentaron precaver con la Medida N° 1

66. Habiéndose analizado los cambios que ha experimentado el mercado relevante desde la dictación de la Resolución N° 20, corresponde entonces evaluar si los riesgos que se buscaron precaver con la imposición de la Medida N° 1 persisten.

67. Tal como se indicó en los párrafos 16 y 17 anteriores, si bien en la Resolución N° 20 se identificaron como riesgos la imposición de precios abusivos y el despliegue de prácticas exclusorias por parte de GLR, tales como precios predatorios y ventas atadas, se concluyó que, dada la estructura del mercado existente al momento de la consulta, los dos primeros eran poco probables.

68. Al respecto, la probabilidad de ocurrencia de precios abusivos y precios predatorios se mantiene igualmente baja e incluso la capacidad e incentivos de GLR de materializar dichas prácticas se ve aún más morigerada por distintos factores. Así, el riesgo de cobro de precios abusivos en el lado de la publicidad, al igual que en 2007, época de dictación de la Resolución N° 20, continúa siendo menor, toda vez que se encuentra acotado por el contrapeso que pueden ejercer las agencias de medios que acumulan las demandas de varios agentes. En efecto, la concentración de las cinco principales agencias se mantuvo relativamente estable en el tiempo ya que el año 2007 éstas representaban el 68% del total de las ventas en la industria (Resolución N° 36/2011, párrafo 84), mientras que el año 2018 representaron el 64% de la publicidad en radios (fojas 72), de modo que es presumible que sigan teniendo un poder de negociación importante que les sirve de contrapeso. Más aun, las alternativas de inversión publicitaria no sólo han aumentado con la mayor diversidad de medios, sino que la focalización en grupos de clientes específicos hacen relativamente más atractiva la publicidad en aquellos medios que permiten una segmentación más acotada.

69. En relación con el riesgo de precios predatorios por parte de GLR, éste parece haberse diluido con la ausencia de evidencia sobre tal práctica a la fecha y la falta de plausibilidad del mecanismo que supone. En efecto, para que la imposición de precios predatorios sea rentable para la empresa que los implementa, se requiere, en primer término, que la rebaja de precios atraiga a una

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mayor demanda, en términos significativos, fundamentalmente desde otros medios. Para satisfacer esa mayor demanda, la radio respectiva debe expandir el tiempo destinado a tandas comerciales, lo que conllevaría necesariamente a un deterioro en el atractivo para las agencias de medios, puesto que los consumidores valoran negativamente el reemplazo de contenido por publicidad (Resolución N° 20, c. 63°). Asimismo, la literatura sostiene que espacios largos de avisaje disminuyen su efectividad, razón por la cual mientras más extensas son las tandas comerciales estas resultan ser menos atractivas para los anunciantes (véase discusión en OCDE *Rethinking Antitrust tools for multi-sided platforms*-2018, p 83, disponible en <https://www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm>). Consecuentemente, una estrategia de predación tiene un límite claro, pues lo atractivo para quien pagaría un menor precio por un espacio publicitario, se contrarresta con el menor atractivo que resulta ofrecer espacios más largos de publicidad.

70. Finalmente, en relación con el riesgo de ventas atadas, que la Resolución N° 20 no descartó, es importante considerar que podría consistir en dos hipótesis, según expone la FNE, a saber (i) un riesgo de portafolio cuando se trata de conglomerados multimedia o multiplataforma, en cuanto podrían imponer la obligación de contratar espacios en radios al contratar avisaje en otros medios (como la televisión, por ejemplo); y (ii) un riesgo de excluir a competidores directos de radios cuando algún grupo radial tiene más de una señal en una localidad y ofrece espacios de avisaje en sus señales más populares, condicionado a la obligación de contratar avisaje en radios menos populares que pertenezcan al mismo agente económico (fojas 221). Al respecto, es preciso relevar que la FNE estima que los antecedentes recopilados en el marco de su investigación dan cuenta que estos riesgos de ventas atadas son poco probables “*dada la actual estructura y características del mercado en estudio*” (fojas 222). En específico, la FNE descarta el riesgo singularizado bajo el numeral (i), por cuanto GLR no tiene participación en otros medios de comunicación masivos. A su vez, respecto del riesgo singularizado bajo el numeral (ii), la FNE señala que su materialización sería más plausible en escenarios en que existen consumidores atomizados, situación que no se verifica en la industria radial porque los anunciantes, es decir, los consumidores de espacios de publicidad la contratan mediante agencias de medios cuyo poder negociador sería relevante frente a GLR (fs. 221 y 222). Esto es corroborado por los antecedentes acompañados por GLR que dan cuenta que el 60,7% de sus ventas de espacios publicitarios se realiza a agencias de medios (fojas 72). Asimismo, la Consultante indica que más del 64% de la venta de publicidad en radios en los últimos cinco años ha sido negociada por agencias de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

medios, y que el año 2018 las cinco principales agencias de medios manejaron más del 60% de la inversión publicitaria en radios (fojas 72 y 73).

71. En consecuencia, es poco probable que un actor como GLR ate la publicidad de una de sus emisoras exitosas a otra con un menor nivel de audiencia, ya que son las agencias de medios las que negocian la publicidad de sus clientes con los medios.

72. Adicionalmente, la Consultante y la FNE concuerdan en que, tal como fuera indicado en la Resolución N° 20, las radios continúan segmentándose según su contenido y público objetivo al día de hoy (Consultante a fojas 54 y FNE a fojas 204). Esta segmentación de las audiencias hace menos probable materializar ventas atadas y que ellas tengan un efecto adverso en la competencia. En efecto, GLR participa en distintos segmentos radiales tales como: (i) *adulto contemporáneo*, (ii) *femenina*, (iii) *informativa*, (iv) *juvenil* y (v) *masiva* (fojas 194). Tal segmentación hace poco probable que un avisador que desea llegar exclusivamente al segmento *juvenil*, por ejemplo, esté dispuesto a comprar publicidad en otra radio de GLR que se enfoque en otro segmento que no tiene interés en el producto de dicho avisador.

73. A mayor abundamiento, en la Resolución N° 56/2019 se identificó una fuente de presión competitiva adicional respecto de GLR. En efecto, se resolvió que la presencia de grupos multimedia puede actuar como un poder de contrapeso frente al poder de mercado de grupos que únicamente son titulares de señales radiales, como GLR. De esta manera se sostuvo que *“la presencia de conglomerados multiplataforma, que agrupan medios de comunicación de distinta naturaleza, puede ejercer un contrapeso al poder de mercado de los grupos exclusivamente radiales, como GLR. (...) Por su parte, GLR, a pesar de su liderazgo en el segmento radios, sólo se lleva un porcentaje menor de la inversión publicitaria total en el país, lo que se explica por su carácter monoplataforma”* (párrafo 37).

74. Finalmente, no existe evidencia sobre denuncias acerca de ventas atadas con fines exclusorios por parte de GLR.

75. En síntesis, es posible concluir que han existido cambios en las condiciones de competencia en el mercado que hacen improbable la ocurrencia de los riesgos identificados en la Resolución N° 20, razón suficiente para alzar la Medida N° 1. Con todo, igualmente se examinarán los cambios en las circunstancias jurídicas argumentados por la Consultante.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(iii) Existencia de un cambio en las circunstancias jurídicas

76. La Consultante señala que un antecedente jurídico relevante que amerita dejar sin efecto la Medida N° 1, fue la dictación de la ley N° 20.945, que incorporó un nuevo sistema de control de operaciones de concentración, cuya entrada en vigor se inició el 1° de junio de 2017, entre otras modificaciones que introdujo al D.L. N° 211. De acuerdo con este régimen, quienes hayan tomado parte en determinados actos o contratos y superado los umbrales vigentes de ventas en Chile, deberán notificar ante la FNE, previo a su perfeccionamiento, la respectiva operación de concentración, a efectos de evaluar sus efectos sobre la competencia. Por el contrario, si no superan los umbrales, pueden notificarla voluntariamente ante la misma FNE.

77. A este respecto, la Consultante sostiene que en el actual estado de cosas y si continuare vigente la Medida N°1, se impondría a GLR una carga injustificada y asimétrica ya que, en principio, *“una operación de concentración que no cumpla umbrales, queda exenta de control previo obligatorio y, precisamente por ello, mantener la obligación de consulta previa de operaciones que no cumplan umbrales, y además ante este H. Tribunal que ha dejado de ser el órgano competente, no se condice con la institucionalidad que rige para todos los agentes económicos del país”* (fojas 40 y 41).

78. En relación con la facultad consultiva, como ya se adelantó, GLR ha sostenido que el *“H. Tribunal carece, hoy por hoy, de la competencia para conocer y controlar operaciones de concentración, ya que, dicha competencia se radicó, a contar del 1 de junio del año 2017, en la FNE”* (fojas 43). Bajo esta argumentación, no podría pronunciarse sobre una consulta que conlleve el cumplimiento de la Medida N° 1, ya que se trataría de operaciones sujetas al procedimiento del Título IV, de resorte de la FNE.

79. Sobre este punto la FNE señaló que *“no es posible sostener una derogación tácita de un estatuto ordenado por el H. Tribunal y refrendado por la Corte Suprema, a propósito de la entrada en vigencia de una ley posterior. Esta pretendida derogación tácita en rigor sería una aplicación retroactiva de la nueva regulación a un caso anterior a su entrada en vigencia [...]”* (fojas 1447, autos rol NC 173-06). No obstante, la FNE concluyó que sería razonable respecto de todas las operaciones de concentración que GLR y sus relacionadas *“cumplan la medida dispuesta por el H. Tribunal conforme al procedimiento del Título IV, cualesquiera que sean sus umbrales”* (fojas 1448, autos rol NC 173-06). Lo anterior, por cuanto la medida ya no sería en la actualidad íntegramente “ejecutable” en la totalidad de las hipótesis que se pueden presentar, ya que a partir de la entrada en vigencia de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la ley N° 20.945 “*el H. TDLC ya no es competente para conocer de las operaciones de concentración cuando éstas son de aquellas a las que se refiere el Título IV del DL 211*” (fojas 226).

80. En relación con este punto, cabe señalar que el régimen legal aplicable a los asuntos sometidos al procedimiento del artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, efectivamente sufrió un cambio, puesto que la ley N° 20.945 de 2016, circunscribió el alcance de dicha facultad a aquellos hechos, actos o contratos “*distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV*”. De acuerdo con el artículo 47 del Título IV del D.L. N° 211, se entiende por operación de concentración, aquellas que comprenden hechos, actos o convenciones, o un conjunto de ellos, que tengan por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades.

81. Conforme a la normativa antes citada, una operación de concentración se puede concretar por medio de las siguientes vías: (i) fusión; (ii) adquisición de acciones o derechos, que permitan influir decisivamente en la administración de otro agente; (iii) adquisición del control de activos de otros; y (iv) la asociación de dos o más agentes económicos que se unen para conformar otro agente independiente, que desempeñe sus funciones de forma permanente. Es indubitable que cualquiera de estas vías puede configurar las hipótesis de adquisición o de control que abarca la Medida N° 1, ya que GLR podría obtener una concesión de radiodifusión para sí –o sus relacionadas–, sea adquiriéndola o por cualquiera de los modos indicados en el citado artículo 47 que le permita controlar la operación, explotación, o sus contenidos, como la referida medida establece.

82. Por consiguiente, cumpliéndose los requisitos del Título IV del D.L. N° 211, que incluyen la exigencia que la operación de concentración produzca efectos en Chile, sea que las partes o quienes proyecten la misma superen o no los umbrales de ventas fijadas por la FNE, GLR se encontraría hoy sujeta a las normas de dicho Título IV, en caso de adquirir el control de una concesión de radiodifusión. En caso de no cumplirse tales umbrales, igualmente la FNE tiene la facultad para revisar la respectiva operación en virtud de los incisos octavo y noveno del artículo 48.

83. De esta forma, la existencia de un nuevo procedimiento de control de operaciones de concentración, que no estaba contemplado al momento de dictarse la Resolución N° 20, y que es aplicable a aquellas transferencias de concesiones de radiodifusión que incluye la Medida N° 1, constituye un cambio relevante en las circunstancias jurídicas que motivaron dicha medida.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

84. De todo lo expuesto, el cambio en el régimen jurídico aplicable a las operaciones de concentración refuerza la decisión de acoger la solicitud de la Consultante de alzar la Medida N° 1.

85. Por último, la propuesta de la FNE de ajustar la Medida N° 1 manteniendo un “deber de información adicional” *ex post* a la FNE para futuras operaciones de concentración no notificadas o informadas conforme al procedimiento del Título IV del D.L. N° 211 o al artículo 38 de la Ley de Prensa, se configura como una obligación desproporcionada atendido el análisis de mercado y jurídico, contenidos en los párrafos precedentes, por lo que no se dará lugar a ella.

86. En razón de todo lo anterior, este Tribunal no ve la necesidad de mantener la obligación de GLR y sus relacionadas de consultar previamente, en los términos de los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, los futuros hechos, actos o contratos, por medio de los cuales pretenda adquirir la propiedad o control de la operación o explotación de nuevas concesiones de radiodifusión, o de sus contenidos, como se le había condicionado en la Resolución.

B. Análisis relativo a la Medida N° 2

87. Analizado entonces el cambio en las circunstancias económicas y jurídicas en que incide la Consulta y la vigencia de la aplicación de la Medida N° 1, corresponde entonces revisar la finalidad y justificación que habrían motivado imponer a la Consultante el cumplimiento de la Medida N° 2.

88. Al respecto, en la Resolución N° 20, luego de evaluar los riesgos y eficiencia que podía ocasionar la Operación, se analizaron las condiciones de entrada al mercado radial, determinando que los concursos de renovación de las concesiones “*genera[n], bajo condiciones apropiadas de competencia, incentivos adecuados para que la empresa resultante de la operación incremente la calidad de sus contenidos y se abstenga de realizar conductas predatorias o exclusorias*” (c. 78°).

89. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal determinó que “[se] *estima necesario imponer condiciones específicas a la operación, como se señala en lo resolutivo, respecto de la participación de la empresa fusionada en los concursos públicos de renovación de sus concesiones que se desarrollarán a partir del año 2010. Lo anterior, con el objeto de que la consultante acredite fundadamente que ha logrado las eficiencias que estima generará la operación, en el sentido analizado en esta resolución, y que no se han producido los efectos contrarios a la competencia que estos sentenciadores asimismo han identificado como riesgos originados por la operación consultada*” (c. 79°).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

90. De conformidad con lo señalado en el párrafo anterior, para evaluar la vigencia de la Medida N° 2 es necesario revisar si se han materializado las eficiencias que la Operación generaría. Respecto de la vigencia de los riesgos contrarios a la competencia identificados en la Resolución N° 20, en particular el riesgo de prácticas exclusorias mediante ventas atadas, se estará a lo señalado en los párrafos 68 a 75 anteriores, expuestos a propósito de la Medida N° 1.

91. En relación con las ganancias de eficiencias, tal como se señaló en el párrafo 18 anterior, la Resolución N° 20 consideró que con la Operación existía la oportunidad de una utilización más eficiente del espectro radioeléctrico, por la vía de aumentar la variedad y calidad de contenidos, y con ello la audiencia y la participación del medio en la inversión publicitaria total. Sin embargo, también concluyó que no había certeza de que dichas eficiencias se materialicen puesto que *“la renovación extiende el plazo de vigencia de la concesión por otros 25 años”*.

92. Al respecto, las resoluciones dictadas por el Tribunal que han autorizado la renovación de concesiones por parte de GLR han constatado que las eficiencias esperadas con la Operación de 2007 se han materializado. Así, en la Resolución N° 40/2012 se estableció que *“[L]a disminución de los costos producto de la operación de concentración analizada en la Resolución N° 20/2007, ha permitido la concreción de nuevos proyectos radiales que han aportado variedad en cuanto a la programación y cobertura de nuevos segmentos (...) la consultante ha aportado información que refleja una mejora de la cobertura radial en regiones (...) habría existido con la operación de concentración la oportunidad de una utilización más eficiente del espectro radioeléctrico, dado que ha aumentado la variedad y la calidad de los contenidos y con ello la audiencia, en beneficio de los consumidores.”* (párrafos 113 y 114). A modo de conclusión, se señaló, *“no es posible para este Tribunal descartar el cumplimiento de las eficiencias percibidas en la Resolución No 20/2007 que, si bien pueden no haber incrementado la calidad de los contenidos en el mercado radial en general, al menos sí se evidencia que han disminuido los costos para GLR, la cual a su vez ha tenido la intención, respaldada en la práctica con inversión y materializada por el surgimiento de nuevos proyectos como ADN, de crear mejores y más diversos formatos y contenidos radiales”* (párrafo 130).

93. Este tipo de consideraciones fueron refrendadas en las Resoluciones N° 55/2019 y 56/2019. En específico, en la segunda de ellas se estableció que *“[S]i bien es efectivo que la información sobre esta materia aportada por las Consultantes se refiere a ahorros de costos derivados del mayor tamaño de la empresa fusionada y a otras partidas cuya valoración no es posible acreditar, cabe considerar que la operación fue aprobada hace más de 12 años, por lo que es*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

esperable que las eficiencias inherentes a la misma ya se hayan materializado" (párrafo 66).

94. De esta forma, atendido que se ha acreditado el cumplimiento de las eficiencias en las renovaciones que se desarrollaron a partir del año 2010, según se detalló precedentemente; y que los riesgos detectados en la Resolución N° 20 no se han verificado y su concreción se ha vuelto improbable, es que este Tribunal alzaré la Medida N° 2.

95. En relación con la medida propuesta por la FNE para que GLR se encuentre igualmente obligada a "*comunicar a la Fiscalía Nacional Económica, con al menos 180 días de anticipación a la fecha en que deba presentar a la autoridad competente los antecedentes para renovar la respectiva concesión, su voluntad de concurrir a la misma [...]*", si bien su cumplimiento no implicaría una suspensión del acto de renovación, tampoco se condice con las conclusiones respecto de la Medida N° 2, por lo que este Tribunal no dará lugar a ella.

PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 18 y 31 del D.L N° 211,

SE RESUELVE:

1. Alzar la medida de mitigación N° 1 contenida en el resuelvo primero de la Resolución N° 20/2007.
2. Alzar la medida de mitigación N° 2 contenida en el resuelvo primero de la Resolución N° 20/2007.

Notifíquese personalmente o por cédula a la consultante y a los aportantes de antecedentes, salvo que autoricen notificación vía correo electrónico. De conformidad con el acuerdo del Tribunal adoptado con ocasión de la publicación de la Ley N° 21.226 y del estado de catástrofe, de 2 de abril de 2020, la notificación personal de la presente resolución podrá realizarse por videoconferencia u otros medios electrónicos, a través de la Secretaria Abogada.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Hecho, inclúyase en el estado diario y archívese, en su oportunidad.

Rol NC N° 461-19

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Ricardo Paredes Molina y Sr. Jaime Barahona Urzúa. No firma la Ministra Sra. Daniela Gorab Sabat no obstante haber concurrido al acuerdo, por encontrarse haciendo uso del feriado legal. Autorizada por la Secretaria Abogada, María José Poblete Gómez.