

Santiago, veintidós de noviembre de dos mil siete.

Vistos:

En estos autos rol 4578-07 GLR Chile Limitada, sociedad de responsabilidad limitada, cuyo giro principal es la explotación de los negocios de radiodifusión, sometió a consulta del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la celebración de un contrato de compraventa entre esa empresa como compradora y la Sociedad Claxon Chile S.A. como vendedora, de la totalidad de las acciones de la sociedad filial de esta última, Iberoamerican Radio Chile S.A., titular de concesiones de radiodifusión en Chile, así como la compra de la participación que la Sociedad Claxon posee en otras empresas titulares de concesiones de radiodifusión en nuestro país; y solicitó la aprobación de la operación consultada.

A fojas 234 las sociedades Finis Térrea Sociedad Radiodifusora S.A., Radiodifusora Intermezzo Ltda., Compañía Chilena de Comunicaciones S.A., Difusión y Comunicaciones S.A., Comunicaciones Santa Bárbara S.A., Sociedad Radiodifusora Infinita Limitada y Comunicaciones Continental S.A. aportaron antecedentes a la consulta, manifestando su oposición a la operación.

A fojas 270 la Fiscalía Nacional Económica evacuó su informe, en el que sostuvo que de aprobarse la operación consultada ésta debía sujetarse a lo menos a tres condiciones, a saber: a) Que la empresa fusionada enajene las concesiones de radiodifusión sonora en frecuencia modulada, incluyendo los activos y medios operacionales consustanciales a ellas, que actualmente permiten operar,

respectivamente, cuatro de las doce señales con cobertura en la Región Metropolitana y alcance nacional involucradas en esta operación, lo que debe ocurrir en pública subasta, con bases previamente aprobadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, las que deberían contemplar la limitación de que ningún competidor llegue a poseer, como consecuencia de la subasta, más de ocho señales con cobertura en la Región Metropolitana y alcance nacional; b) que dentro del plazo que el tribunal señalado determine, la o las empresas del grupo empresarial que operen las señales radiales involucradas en la operación deberán estar constituidas como sociedades anónimas abiertas o cerradas sujetas a las normas que rigen a las abiertas e inscribirse en el registro pertinente, de manera de quedar sujetas a la supervigilancia de la Superintendencia de Valores y Seguros ; y c) que se prohíba a las empresas del grupo empresarial de la fusionada adquirir en el futuro concesiones de radiodifusión en frecuencia modulada.

A fs. 1059 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó sentencia y aprobó la operación de concentración consultada, dictaminando que ésta deberá someterse a las siguientes condiciones: 1.- La consultante y sus filiales, coligadas o relacionadas deberán consultar a ese tribunal, en los términos de los artículos 18 N° 2 y 31 del Decreto Ley 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 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 ese Tribunal, sobre la base de antecedentes suficientes, en los términos de los artículos 18 N° 2 y 31 del Decreto Ley 211, respecto de su participación en los concursos públicos para la renovación de dichas concesiones; 3.- En la operación consultada

no se podrán establecer prohibiciones, restricciones o condiciones a la participación del vendedor y sus filiales, coligadas o relacionadas, directa o indirectamente, en el negocio de radiodifusión en Chile, que excedan

del plazo de dos años contados desde la fecha de esa sentencia, condición que hizo aplicable tanto al contrato presentado por la consultante a la consideración de ese tribunal como a cualquier otra convención o acuerdo que pueda suscribir en el futuro; 4.- La consultante y sus filiales, coligadas o relacionadas que sean titulares de concesiones de radiodifusión o tengan derechos de uso o control de las mismas por cualquier vía directa o indirecta, deberán, dentro de seis meses contados desde que la resolución quede ejecutoriada, enajenar a terceros, renunciar o poner término a una concesión en cada una de las siguientes ciudades: Iquique, La Serena, Tongoy, Cartagena, Quilpué, Talcahuano, Los Ángeles, Temuco, Nueva Imperial y Valdivia; y a dos concesiones en cada una de las siguientes ciudades: Concepción, Villarrica, Osorno y Puerto Montt. Sostuvo el Tribunal que en caso de enajenación, ésta no podrá efectuarse a personas naturales o jurídicas filiales, coligadas ni relacionadas de la consultante; ni a terceros con quienes la consultante, sus filiales, coligadas o relacionadas tengan relaciones patrimoniales o contractuales al momento de celebrarse los actos o contratos necesarios para perfeccionar dicha enajenación; ni a sociedades filiales, coligadas o relacionadas de dichos terceros. La sentencia estableció que el incumplimiento de alguna de las condiciones antes indicadas acarreará la nulidad de los actos y contratos consultados, sin perjuicio de las demás sanciones que sean procedentes.

Contra esta sentencia la Fiscalía Nacional Económica interpuso, a fojas 1109, recurso de reclamación, solicitando que éste se acoja y se enmiende la sentencia declarándose que la operación consultada debe cumplir para su aprobación con las medidas que indicó al evacuar su informe.

Por su parte, las sociedades que al aportar antecedentes manifestaron su oposición a la operación consultada, a fojas 1124 dedujeron recurso

de reclamación contra la sentencia dictada en autos, solicitando se la enmiende y se declare el rechazo de la concentración consultada; o, en subsidio, que se deba cumplir además de las condiciones mínimas de la sentencia con las que señaló la Fiscalía Nacional Económica.

Se trajeron los autos en relación y con posterioridad a ello, a fojas 1200, GLR Chile Limitada solicitó se declaren inadmisibles los recursos de reclamación interpuestos.

CONSIDERANDO:

En cuanto a la admisibilidad de los recursos intentados:

1º) Que GLR Chile Limitada sostuvo que los recursos de reclamación interpuestos en autos son inadmisibles, desde que de acuerdo al artículo 31 del Decreto Ley 211 las resoluciones dictadas en un procedimiento no contencioso que fijen condiciones que deben ser cumplidas en actos o contratos podrán ser objeto de dicho recurso, de manera que no resulta posible revertir la sentencia decretándose el rechazo de la operación, como lo solicitan en forma directa las sociedades reclamantes y en forma indirecta la Fiscalía Nacional Económica al pedir que se imponga como condición la enajenación por su parte de cuatro señales de la Región Metropolitana, pues de suceder, GLR quedaría con menos radios de las que tiene actualmente Iberoamerican Radio Chile S.A., de suerte que tal condición no es más que una manera encubierta de dejar sin efecto la aprobación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Además de ello, argumenta, en los recursos se solicita la imposición de medidas más gravosas que las impuestas, en circunstancias que la reclamación tiene como objetivo conocer de las medidas adoptadas, y no de las que no lo fueron. Fundamenta además su alegación de inadmisibilidad en la falta de legitimación activa de los reclamantes, pues ninguna de las condiciones les afecta, de modo que no tienen agravio;

2º) Que el DFL N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973, en su artículo 31 inciso final prescribe que las reso

luciones o informes que dicte o emita el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en los asuntos de carácter no contencioso sobre hechos, actos o contratos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos, cuyo es el caso, que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos, podrán también ser objeto del recurso de reclamación, sin distinguir respecto a la parte que puede interponerlo, de manera que donde la ley no distingue no es lícito al intérprete hacerlo, por lo que no cabe sino concluir que el recurso de reclamación en este caso no está reservado únicamente para quien debe soportar las condiciones impuestas, como lo sostiene GLR Chile Limitada. Desde el momento en que las sociedades reclamantes aportaron antecedentes en estos autos y manifestaron que la aprobación de la operación consultada importaría la formación de un consorcio dominante absoluto en la radiofonía, lo que afectaría la competencia en el mercado radial y como consecuencia de ello la libertad de expresión, por lo que solicitaron el rechazo de la operación y en subsidio que se fijaran las condiciones para evitar tales efectos, resulta evidente el interés que tienen en el resultado de este asunto, motivo por el cual el recurso interpuesto por las sociedades opositoras a la concentración resulta admisible;

3°) Que en lo que se refiere a la reclamación interpuesta por la Fiscalía Nacional Económica, cabe señalar que, además de no distinguir el artículo 31 del Decreto Ley 211 respecto de quién puede interponer el recurso de reclamación en el caso que dicha disposición indica, el artículo 39 de ese cuerpo legal, al expresar las atribuciones del Fiscal Nacional Económico, señala en la letra b) ?Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los tribunales de justicia, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad?? Luego agrega tal disposición ??Ante la Corte Suprema, el Fiscal Nacional Económico, por sí o por delegado, podrá defender o impugnar los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia??. Siendo entonces la Fiscalía Nacional Económica la representante del interés general de la colectividad en el

orden económico, y encontrándose expresamente facultada para impugnar los fallos dictados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, desde luego se encuentra legitimado activamente para interponer el recurso de reclamación, de manera que éste resulta admisible;

En cuanto al fondo:

4°) Que por intermedio del recurso en estudio la Fiscalía Nacional Económica reprocha a la sentencia la insuficiencia de las condiciones fijadas para superar los riesgos para la libre competencia que importa la operación consultada. Señala que la manera en que se otorgó la autorización incentiva a otros actores presentes en el mercado relevante a que inicien procesos de concentración, que serían muy difíciles de controvertir por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dado el precedente que sienta en esta resolución. Ello importa facilitar el surgimiento de comportamientos de coordinación entre sus partícipes. Afirma que la sentencia, al considerar importante identificar las zonas del país donde la operación consultada puede tener el efecto de concentrar excesivamente la actividad, señalando localidades y ciudades que pertenecen a regiones, no consideró las sinergias provenientes de las radios en cadena. Una radio con presencia en Santiago y alcance nacional tiene mejores ingresos por publicidad que una que sólo tiene repetición regional. Por ello el desmembramiento de estas señales en radios locales sólo producirá una diversificación de la propiedad de ellas, pero no podrán considerarse competidoras de las señales nacionales resultantes de la fusión. La sentencia en definitiva, concluye, no acogió las medidas y condiciones propuestas por su parte, ordenando sólo la enajenación de concesiones ais-

ladas en algunas localidades, en circunstancias que el mercado geográfico relevante tiene un alcance nacional. No se pronunció sobre concesiones en la Región Metropolitana, indispensables para crear una señal con cobertura nacional y disputar el poder de mercado de la empresa resultante de esta operación, desde que en esta región se concentra el 40% de la población aproximadamente;

5°) Que, por su parte, las sociedades que manifestaron su oposición a la operación consultada, individualizadas en la parte expositiva de este fallo, también dedujeron recurso de reclamación alegando en primer término que la sentencia impugnada no debió dar lugar a la autorización solicitada. En subsidio, a fin de resguardar la libre competencia en el mercado informativo radial, debió fijar condiciones relevantes para impedir, de materializarse la operación consultada, el impacto negativo que significa la concentración en un solo dueño de una proporción tan significativa del mercado radial, cercana a un 50% del aviso y audiencia, como lo señala la propia sentencia.

El recurso acusa que el fallo incurrió en contradicciones, desde que por un lado reconoce expresamente las obligaciones de ese tribunal en resguardo del pluralismo y diversidad del sistema informativo, así como la exigencia extraordinaria en el sistema que nos rige sobre control de concentración de necesitar contar con una aprobación previa de ese tribunal, indicando además en el considerando noveno que el legislador ha considerado que la libre competencia es uno de los medios idóneos para indirectamente alcanzar o mantener un grado razonable de pluralismo y diversidad de la información; pero no se refiere al impacto en el mercado informativo que esta operación importa, pese a que el tribunal estaba obligado a hacerlo de acuerdo al artículo 38 de la Ley 19.733.

Finalmente señalan que pese a reconocer la sentencia que esta concentración puede tener efectos negativos en la competencia en el mercado relevante, así como la existencia de barreras de entrada al mercado, que no existen competidores equivalentes en el mercado a la empresa fusionada, ni será posible que exista un desafiante de esa magnitud en el futuro y que esta situación podría aumentar el riesgo de comportamientos oportunistas por parte de la empresa fusionada, aprueba la operación de concentración bajo cuatro condiciones, dos de las cuales, las primeras, importan dar cumplimiento a una obligación legal, atento lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 19.733. Por su parte, la enajenación de radios que se menciona en la última condición -afirman los recurrentes- es insuficiente, por cuanto se está frente a

una concentración de cadenas radiales donde se concentran más de 300 radios individuales y las radios individuales que deberá enajenar son aproximadamente 15;

6°) Que del análisis de los antecedentes de la causa aparece que las medidas dispuestas por la sentencia que se revisa por esta vía aparecen como suficientes y adecuadas para cautelar la libre competencia, garantizando así la pluralidad de medios y con ello la libertad de expresión y la diversidad de información.

En efecto, justamente porque en la sentencia se determinó que, de aprobarse y verificarse la operación tal como fue solicitada, el grado de concentración aumentaría de forma tal que podría tener efectos negativos en la competencia en el mercado relevante, es que se decidió aprobar la operación con las condiciones impuestas. Si bien la principal barrera de entrada al mercado de la radiodifusión sonora es la disponibilidad de espectro radioeléctrico, la sentencia impugnada estableció, con el informe acompañado a fojas 1, que el año 2010 expiran 45 de las concesiones con las que contaría la empresa consultante, cinco de ellas en la ciudad de Santiago, y el 2014 el total de las concesiones expiradas será de 55, 6 de ellas en esta ciudad; y aunque tendrá el derecho preferente para renovar sus concesiones, éstas deberán someterse a un concurso público en el cual podrán participar otros interesados y adjudicárselas en caso de presentar mejores condiciones técnicas o económicas que GLR Chile Limitada. Por otra parte y en lo que a la publicidad radial de difusión nacional se refiere, según lo declara el Gerente de Administración y Finanzas de Mindshare Chile S.A.C, don Cristián Scholz Durán, a fojas 748, como norma los medios se encuentran imposibilitados de realizar cualquier prestación de servicios publicitarios sin pasar por las agencias mediales. Explicó el testigo que luego de que el cliente le señala a estas agencias el producto que quiere dar a conocer, el formato de presentación del aviso, el target al que está enfocado ese producto y un presupuesto, elaboran una estrategia de medios, la que presentan al cliente para su aprobación y posterior compra a los proveedores de medios, lo que importa que la mayoría de la publicidad

es contratada por estas agencias, de manera que son ellas las que negocian en forma centralizada la inversión publicitaria de quienes desean dar a conocer sus productos o servicios, lo que dificultaría que la empresa consultante pudiese fijar precios a sus anunciantes por encima de sus competidores. Por otro lado, el riesgo del ejercicio de prácticas excluyentes en esta materia por parte de GLR Chile Limitada se ve disminuido por el hecho de que, si llegara a bajar los precios a cobrar a los anunciantes en relación a las demás empresas de radiodifusión del mercado relevante, ello importaría entonces el aumento de tiempo destinado a la publicidad de los diversos productos y servicios y con ello la disminución de la audiencia, la que, sin ningún costo, puede cambiar de estación radial en busca de mejores o más entretenidos contenidos;

7°) Que, por último, el hecho de que el mercado sea limitado, como ya se analizó, determina que, de producirse una fusión, casi en forma inevitable se produzca el fenómeno de concentración del mercado, cuyas consecuencias se verán luego de encontrarse operando las empresas fusionadas, sin que necesariamente ellas sean negativas si, como en el caso que nos ocupa, la autoridad correspondiente ha impuesto las condiciones que importan medidas destinadas a evitarlas. Sin perjuicio de ello, si luego de concretarse esta operación se produce alguna situación que se estime atentatoria contra la libre competencia, tanto la Fiscalía Nacional Económica como los particulares que se sientan perjudicados con dicha situación podrán, la primera, presentar un requerimiento y los segundos, entablar un reclamo.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 18 N°2 y 31 del D.F.L. N°1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, SE RECHAZAN los recursos de reclamación deducidos a fojas 1109 y 1124 por la Fiscalía Nacional Económica y las Sociedades Finis Térrea Radiodifusora S.A. y otras, respectivamente, en contra de la sentencia N°20/2007, de veintisiete de julio último, escrita a fojas 1059.

Se previene que el Abogado Integrante Sr. Gómez estuvo por declarar

la admisibilidad del recurso interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica únicamente por ser ésta la representante del Interés Público Económico y encontrarse expresamente facultada para ello por el artículo 39 letra b) del Decreto Ley 211.

Acordada la admisibilidad de los recursos de reclamación interpuestos luego de rechazada la indicación previa del Ministro Sr. Gálvez, quien estuvo por declararlos inadmisibles por cuanto el alcance del recurso de reclamación que consagra el artículo 31 del Decreto Ley 211 tiene por objeto revisar las condiciones que se hubiesen fijado en el procedimiento no contencioso, de manera que no resulta posible pronunciarse sobre la aprobación decretada, así como tampoco respecto de las condiciones no impuestas, de lo que se desprende que sólo quien deba cumplir con las condiciones fijadas podrá reclamar de dicha resolución. As

í entonces, si bien el artículo 39 de dicho Decreto Ley constituye una norma de carácter general que reconoce a la Fiscalía Nacional Económica la posibilidad de accionar, ello desde luego debe ocurrir haciendo uso de los recursos que establece la ley, que en este caso, como ya se dijo, ha limitado únicamente a quien ha resultado obligado al cumplimiento de las condiciones fijadas.

Se rechazó asimismo la indicación previa de declarar inadmisibile el recurso interpuesto por las sociedades opositoras a la operación, efectuada por el Abogado Integrante Sr. Gómez, quien sostuvo que el alcance de la reclamación del artículo 31 del Decreto Ley 211 tiene por objeto revisar las condiciones que se hubiesen fijado en el procedimiento no contencioso, salvo que se estime que se tornó contencioso por producirse oposición por legítimo contradictor, caso en que se tendría que ceñir a este último procedimiento. De ser así, el recurso de reclamación no sería el del artículo 31 del Decreto Ley 211, sino el del artículo 27 inciso 2° de ese texto legal.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño.

Rol 4578-2007. Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño,

Sr. Pedro Pierry y el abogado integrante Sr. Rafael Gómez. No firman no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo los Ministros señores Oyarzún y Pierry por estar con permiso el primero y en comisión de servicios el segundo. Santiago, 22 de noviembre de 2007.

Autorizado por el Secretario de esta Corte Sr. Carlos Meneses P.