

Santiago, quince de mayo de dos mil diecinueve.

Vistos:

En causa Rol N° 311-2016, Ingreso Corte Suprema N° 8313-2018, seguida ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), caratulada "TVI contra VTR Comunicaciones SpA" se comparece en representación de Televisión Interactiva S.A. y Filmocentro Televisión S.A. ("TVI") demandando a VTR Comunicaciones SpA (VTR), acusando que ésta infringió el inciso primero del artículo 3° del Decreto Ley N°211, al incumplir la Condición Quinta de la Resolución N°1/2004 del TDLC, conducta anticompetitiva que se configuró al terminar unilateral e injustificadamente la relación comercial que mantenían, vinculada a la transmisión de cuatro canales de televisión proveídos por la parte demandante y, ante el rechazo de tal decisión, ofrecer un precio que no se relaciona con las condiciones de mercado.

Entre los antecedentes de contexto explica, en síntesis, que son las responsables de distintos canales chilenos emitidos en las diversas señales de cable, entre ellas: a) Vía X, b) Vía X HD, c) Zona Latina y d) ARTV. Así, sostiene que TVI es el distribuidor de contenido y VTR sería el cable operador por el que se transmiten los canales.

Refiere que el 9 de enero de 2004, las empresas Liberty Comunicaciones de Chile Uno Limitada ("Liberty"),



controladora de VTR y del 50% de las acciones de Metropolis Intercom S.A. (MI) y Cristal Chile Comunicaciones S.A., dueña del otro 50% de MI, presentaron una consulta a la Comisión Preventiva, relativa a la fusión entre VTR S.A. y MI que finalizó por medio de la Resolución N° 1 antes identificada, que aprobó la operación consultada imponiendo condiciones, entre las que se encuentra aquélla que se acusa incumplida, que prohibía a la empresa fusionada usar su poder de mercado sobre terceros programadores que vendan señales o producciones de TV pagada, para negar injustificadamente la compra, u ofrecer por ellas un precio que no tenga relación con las condiciones de competencia del mercado.

Añade que la medida se adoptó para evitar abusos en contra de los proveedores de contenido y de los operadores locales, impidiendo que Liberty-VTR, privilegiara a los proveedores de contenido con quienes estaba integrado verticalmente, dado que, a la fecha de la consulta, la primera tenía más del 10% del derecho a voto en varias de las empresas proveedoras de contenido internacional.

Para comprender el tenor de la demanda explica que el incumplimiento de la condición se configura con independencia de la posición de mercado que tenga VTR, pues lo esencial era poner límite a los privilegios que podría dar a sus programadores relacionados. En este sentido, refieren que si la condición exigiera poder de mercado,



sería una repetición del artículo 3° letra b) del D.L N°211 y que los mismos consultantes habrían interpretado esta condición excluyendo de sus requisitos o elementos la existencia y abuso de un poder de mercado.

Luego de describir las relaciones comerciales entre las partes y los distintos contratos suscritos entre éstas, en lo que importa a la acción, refiere que el último contrato fue suscrito en el año 2013, por un plazo de cinco años; sin embargo, la demandada, incurriendo en el incumplimiento de la medida de mitigación impuesta, el día 3 de diciembre de 2015 envía una carta manifestando la intención de poner fin al contrato suscrito, sin esgrimir motivación alguna. Ante la reacción de su parte, atendida la improcedencia del término unilateral, la demandada comenzó a esgrimir una serie de razones que, una a una, fueron desvirtuadas por su parte, las que principalmente se relacionaban con el género de los canales, bajo rating y desempeño.

Así, ante el rechazo de su parte, VTR señaló que estaba dispuesta a mantener las señales de Vía X y Zona Latina pagando precio "cero" por ellas y manteniendo únicamente los pagos por las señales de ARTV y Vía X HD, cuestión que no era viable, razón por la que fue rechazada por TVI. Luego, refiere, se ofreció sólo mantener los canales Vía X HD y ARTV.



Son tales actos que, a juicio del actor, constituyen una negativa injustificada a comprar los canales de TVI, ofreciendo, además, un precio que no se relaciona con el de mercado.

Puntualiza que las razones esgrimidas extemporáneamente por VTR, se vinculaban con que los canales fueron eliminados por ser del género "música", cuestión que se demostró no era efectiva. Por otro lado, se esgrimieron razones de rating, soslayando que el desempeño de Vía X y Zona Latina, aun considerándolos dentro del género "música", sería superior a otros canales del mismo género, que no han sido eliminados de la parrilla, como es el caso de MTV y VH1.

Luego, se esgrimió que fue la baja en la sintonía aquello que motivó remover los canales de la parrilla programática de VTR, cuestión que carece de sustento, toda vez que los canales han mantenido o aumentado su sintonía.

Luego de enmarcar el mercado relevante, sostiene que desde el punto de vista de TVI, éste sería de dos caras, toda vez que compite por: a) la transmisión de un cable operador y b) los avisos publicitarios.

Enfatiza que los actos de VTR son constitutivos de un ilícito anticompetitivo, toda vez que la Condición Quinta de la resolución N° 1/2004 se encuentra plenamente vigente, por lo que su incumplimiento constituye un ilícito en sí mismo, sin que sea necesario acreditar una afectación a la



libre competencia o la materialización del riesgo que se quiso evitar con la imposición de la medida. No obstante, sostiene que, en este caso, sí se materializó el riesgo previsto en la consulta, pues VTR perjudicaría a proveedores de contenidos, prefiriendo a aquellos con los que tiene una relación de propiedad por sobre los demás, perjudicando, además, a los consumidores.

Por otro lado, explica que la relevancia de actuación de VTR es que ésta tiene la mayor cantidad de televisores con medición de rating ABC1 y C2, cuestión trascendente de cara a la publicidad, por lo que no es irrelevante no salir por las pantallas de la demandada, toda vez que inmediatamente bajan los ingresos de publicidad, que es manejada por la demandada.

Añade que, en cualquier caso, de analizar la posición de dominio de VTR, ésta actualmente la mantiene, porque si bien bajó su porcentaje de participación en el mercado, ello no se debe a que haya disminuido el número de suscriptores, sino que las empresas que ingresaron, esto es las que entregan el servicio de televisión satelital, lo hicieron en zonas en que la demandada no entregaba el servicio de televisión por cable, por una factibilidad técnica.

En virtud de lo expuesto, solicita que se acoja la demanda y se declare que VTR incumplió la Condición Quinta de la Resolución N°1/2004 y, con ello, infringió el inciso



primero del artículo 3 del Decreto Ley N° 211. Asimismo, solicita que se ordene a VTR dar estricto cumplimiento a la Condición Quinta de la Resolución N°1/2004, se imponga una multa de 2.000 UTA y se condene a VTR al pago de las costas.

I.- Contestación.

VTR solicitó el rechazo de la acción, sosteniendo, en síntesis, que actuó legítimamente, toda vez que al terminar el contrato que lo unía con la parte demandante sólo ejerció un derecho contractual. Aclara que la disputa entre ambas partes no es un asunto de libre competencia, sino que se trata de una contienda derivada de distintas interpretaciones de una cláusula de término unilateral de la relación contractual que fue incluida en el contrato suscrito entre ambas partes, cuestión que, por lo demás, dio lugar a una contienda civil ante un juez árbitro.

Explica que la inclusión de la referida cláusula de terminación unilateral se debió a que este contrato tenía un plazo mayor de duración que los que se habían suscrito anteriormente y a que existía una preocupación de VTR por la calidad de las señales de TVI, que se venían deteriorando.

Enfatiza que sólo hizo uso de su derecho a poner término unilateral del contrato, cumpliendo las exigencias contractuales, esto es, el envío de una carta de aviso y, luego, la evaluación entre las partes de la mutua



conveniencia de mantener la vigencia del contrato; sin embargo, fue la demandante, que en los términos de las conversaciones pretendió incluso mejorar su situación.

Respecto a la imputación de infracción de la Condición Quinta, refiere que no desconoce la vigencia de aquella, pero en el caso de autos no se cumplen los supuestos fácticos para determinar su incumplimiento, toda vez que es en la misma condición en la que se establece que VTR no podrá usar su poder de mercado para negar injustificadamente la compra u ofrecer precios que no se condicen con las condiciones de mercado; poder de mercado del que actualmente carece su representada. Esta conclusión se mantiene, incluso si se adopta la definición más estricta de mercado relevante. Según el demandado, las condiciones impuestas en la Resolución N°1/2004 son un reflejo de las exigencias competitivas a un actor con posición dominante y mediante ellas se buscaba evitar los riesgos vinculados a la existencia de una posición de dominio.

En relación al mercado relevante, sostiene que es de la televisión de pago, sin embargo, sostiene, es esencial considerar la evolución de la industria, por lo que el análisis del mercado no puede ser estático reconduciéndolo a las condiciones del año 2004, como pretende TVI. En razón de lo anterior es necesario incluir algunos sustitutos, al menos imperfectos, como la televisión digital, la satelital



y otros oferentes de contenidos a través de internet por medio de plataformas Over the top ("OTT").

Añade que el mercado relevante posee bajas barreras a la entrada, dada la aparición de nuevas tecnologías. Así, al momento de dictarse la Resolución 1/2004, VTR tenía una participación de mercado en la televisión de pago de un 88% de los suscriptores. Sin embargo, hoy, de acuerdo a datos de la Subsecretaría de Transportes y Telecomunicaciones ("Subtel"), ésta ha bajado a un 34% de los suscriptores, cuestión que, a su juicio, determina que no tenga actualmente poder de mercado o posición dominante, cuestión que habría sido constatada en la resolución de archivo de la investigación de la FNE, originada en virtud de la denuncia de la actora.

Respecto a la integración vertical entre VTR y proveedores de contenidos, sostiene que este riesgo sólo fue considerado como una eventualidad derivada de la existencia de poder de mercado. Por tanto, al carecer de éste, tales riesgos no existen. Sin perjuicio de aquello, sostiene que su relación con proveedores de contenidos internacionales sería ínfima y que VTR, las empresas asociadas a Liberty y al conglomerado de John Malone actúan con total y completa independencia, sin poder influenciar unas a otras.

Enfatiza que la exclusión de la señales de TVI no se habría debido a un problema de integración vertical, sino



que a la falta de atractivo de dichas señales. Es en este contexto que niega la eventual negativa de compra, puesto que la exclusión de las señales de TVI fue justificada, reiterando que sólo es la manifestación de la libertad de VTR para hacer cambios en su grilla programática.

Así, sostiene, la decisión de no continuar con la relación comercial se habría basado en la intensa competencia en el mercado de la televisión pagada, cambios en las exigencias de los consumidores, el alza continua de los costos de programación y la imposibilidad de evitar las ventas atadas que los grupos programadores le imponen.

Puntualiza que habría existido una disminución de rating de los canales de TVI, mientras el rating total de la TV pagada habría aumentado. A lo anterior, se agrega una disminución de la calidad de las señales de TVI, en circunstancias que aquellas son más caras que algunas señales equivalentes, sin que la medición de su desempeño pueda justificar el mayor costo. Además, la racionalidad del cambio de grilla de VTR habría sido confirmada por la actitud de los consumidores con posterioridad a la salida de las señales de TVI, toda vez que existió un número ínfimo de reclamos.

Niega haber ofrecido a TVI precios que no se condicen con las condiciones del mercado, toda vez que la oferta consistió en conservar la distribución de los canales ARTV y Vía X HD, manteniendo los mismos precios del contrato de



2013, ello por cuanto ambos tienen un atractivo en tanto son señales que apuntan a nichos que a su representada le interesa explotar. No obstante, fueron las actoras quienes rechazaron lo anterior, exigiendo que se continuara con la transmisión de la señal de los cuatro canales de TVI. En este contexto, sostiene que no es efectivo que VTR haya ofrecido a TVI un precio "cero" por la transmisión de Zona Latina y Vía X.

Por otro lado, refiere que no tendría motivación para cometer un ilícito anticompetitivo, pues, al existir otros operadores de televisión pagada con participación en el mercado, las conductas de VTR no serían idóneas para manejar el mercado, pues carece de una posición de dominio, enfatizando, además, que no se está en presencia de un insumo esencial, por lo que no es imprescindible para la distribución de las señales de TVI, pues los canales pueden salir a través de otro distribuidor, cuestión que en la actualidad así acontece.

II.- Sentencia:

El TDLC señala que para establecer el incumplimiento alegado el primer aspecto a determinar es el sentido y alcance de la Condición Quinta, establecida en la resolución N° 1/2004, que contiene dos elementos que se deben verificar: a) que la demandada tenga poder de mercado; y b) que lo haya ejercido para negar injustificadamente la compra de las señales de TVI, u



ofrecer por ellas un precio que no tenga relación con las condiciones de competencia del mercado.

Respecto del primer elemento, esto es, la existencia de poder de mercado de VTR, refiere que la Resolución N° 1/2004, sólo analizó el poder que dicha empresa tenía en el mercado aguas abajo, es decir, en el mercado de la venta de servicios de televisión pagada, entendiéndose por tal el servicio que distribuye señales nacionales e internacionales de televisión, adicionales a las que ofrece la televisión abierta, por medio de cable, satélite u otra tecnología, recibiendo como contraprestación un pago mensual que realizan sus consumidores.

El mercado aguas arriba de provisión de contenidos por parte de las empresas de televisión pagada sólo fue analizado en tanto pudiese verse afectado por el poder de VTR en dicho mercado aguas abajo. Por consiguiente, la única forma de entender la Condición es interpretando que su objetivo era evitar que la empresa fusionada usara su poder de mercado aguas abajo para afectar las condiciones de competencia imperantes en el mercado aguas arriba de la provisión de contenidos.

Asentado lo anterior, sostiene que la Resolución se refirió al mercado de telecomunicaciones en general y el de la televisión pagada en particular, tomando en especial consideración su carácter dinámico. En efecto, añade, esta fue la principal razón por la que se aprobó dicha operación



de concentración y se fijaron sus condiciones, toda vez que ambas empresas poseían en conjunto en esa época el 88% de participación en el mercado de la televisión pagada, previendo que los avances tecnológicos permitirían el ingreso de nuevos competidores. Por tanto, concluye, realizar un análisis estático no sólo vulneraría el objetivo buscado por la Resolución al fijar dicha condición, sino que además carecería de lógica, pues habría bastado con establecer la prohibición a la empresa fusionada de negar injustificadamente la compra de señales o producciones de televisión pagada u ofrecer precios infra competitivos, con independencia del poder de mercado que pudiera tener. La correcta interpretación de la expresión poder de mercado utilizada en la Condición se refiere a aquella capacidad y posición de dominio que VTR tenga actualmente en el mercado aguas abajo de la televisión pagada.

En relación al mercado relevante, sostiene que, en la época que se dictó la Resolución, la televisión pagada por cable no presentaba sustitutos cercanos. En efecto, dicho análisis descartó que la televisión abierta, el arriendo de videos y el cine fueran sustitutos de la televisión pagada por cable, porque ofrecían servicios distintos. En cuanto a la televisión transmitida a través de satélite y/o microondas, si bien se consignó que ofrecen un servicio similar y casi los mismos contenidos que la televisión por



cable, los mayores costos para los usuarios hacían que no fueran sustitutos perfectos. Sin embargo, los avances tecnológicos han disminuido de manera notable los costos de la televisión vía satelital y/o microondas, constituyendo en la actualidad sustitutos de la televisión por cable. Así, lo demuestra la creciente participación de esta tecnología en la provisión de TV pagada, la que al año 2016 ascendía aproximadamente al 52% del total de suscriptores.

En cuanto a si las plataformas OTT constituyen un sustituto, lo descarta en la actualidad, pues ofrecen sólo una parte de los contenidos y requieren de conexiones a internet de alta velocidad.

En relación al ámbito geográfico, es nacional, por cuanto la competencia en este mercado se ha desarrollado por medio de la innovación tecnológica que permite transmitir las señales televisivas a través de medios inalámbricos, lo que ha permitido que empresas como Movistar, DirectTv, Claro y Entel, entre otras, puedan proveer sus servicios en cualquier localidad a lo largo del país. Además, las tarifas cobradas por cada una de estas empresas son similares en cualquier punto del país, situación que también ocurre con la empresa VTR que entrega su servicio vía alámbrica en todas las regiones del país.

A continuación, analiza el poder de mercado refiriendo que, a la época de dictarse la Resolución N° 1/2004, VTR detentaba una posición de dominio en el mercado aguas abajo



de la televisión pagada porque el cable era la principal tecnología utilizada para proveer dicho servicio, teniendo un 88% de mercado entre las empresas que se fusionaron (VTR y Metrópolis Intercom) vinculado al número de suscriptores. Sin embargo, el dinamismo tecnológico disminuyó la participación de VTR en el mercado aguas abajo teniendo actualmente un 35%. En cuanto al nivel de concentración el índice HHI de 2.217 puntos muestra que se trataría de un mercado moderadamente concentrado.

Así, un análisis basado exclusivamente en cuotas de mercado, no permitiría afirmar que VTR detenta una posición de dominio en el mercado de la televisión pagada, por lo que, sostiene, es necesario analizar otros factores.

Encaminado en esta labor, el TDLC descarta considerar la participación de VTR en la medición del rating y los efectos que esto trae aparejado respecto de los ingresos publicitarios de los proveedores de contenido. En efecto, si bien TVI señala que se trataría de un mercado de dos lados, lo que habría cambiado la relación entre operadores de TV pagada y proveedores de contenido, puesto que, en la actualidad, de VTR dependería prácticamente el 100% de la industria de la publicidad asociada al cable al llegar a televidentes con mayor poder adquisitivo, lo cierto es que tal alegación, aún cuando pudiera ser considerada plausible, se aleja de lo demandado originalmente, pues se trata de consideraciones ajenas al supuesto de extensión de



poder de mercado (leveraging) reconocido en la Condición Quinta de la Resolución y, por tanto, exceden el ámbito de la presente disputa, referida únicamente a un incumplimiento de aquélla.

En lo que respecta a las condiciones de entrada, de los informes económicos y la información pública de la Subtel, es posible concluir que no hay barreras significativas, cuestión que se ve reflejada principalmente en la disminución constante de la participación de mercado de VTR -de un 88% en 2004 a un 35% en 2016- producto de la masificación de la televisión satelital.

Adicionalmente, el potencial que tienen otras tecnologías, aún en desarrollo, para constituir sustitutos cada vez más cercanos de la televisión pagada, como las ya tantas veces mencionadas plataformas OTT, permiten inferir que en un plazo razonable es esperable que ingresen nuevos actores a este mercado.

En consecuencia, concluye, es posible señalar que no resulta plausible que se cumpla el supuesto establecido en la Resolución N° 1/2004, esto es, que VTR detenta una posición de dominio aguas abajo y que lo extienda verticalmente al mercado aguas arriba, pues carece de dicha posición y, por consiguiente, no se cumple con el primer supuesto para configurar el incumplimiento demandado.

A mayor abundamiento, refiere que la demandada también carece de incentivos para negar la compra a TVI derivados



de una integración vertical con otros proveedores de contenidos, toda vez que cuando se terminó el contrato entre las partes de este juicio, Liberty Global Inc., actual controladora de VTR, se encontraba relacionada con Liberty Media Corp. y Liberty Interactive Corp. a través del accionista John Malone. A su vez, estas dos últimas empresas poseían una participación marginal en Viacom Inc. y Time Warner Inc., quienes proveen el contenido que reemplazó a las señales de TVI. De esta manera, si bien VTR tendría relación con dichos proveedores de contenidos, la participación en ambas sociedades es ínfima (cercana al 1%) e indirecta, por lo que no tiene incentivos para excluir otros proveedores de contenido por esta razón.

En contra de la sentencia antes referida se dedujo recurso de reclamación.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que en el recurso se aduce, en el primer acápite, que el TDLC erró al analizar el cumplimiento de los requisitos de la Condición Quinta de la Resolución N° 1/2004, toda vez que, al contrario de lo señalado, para establecer su incumplimiento no exige la verificación de poder de mercado, pues la infracción se configura con independencia de la posición dominante de mercado de VTR.

En efecto, el incumplimiento de VTR a dicha Condición configura una hipótesis de responsabilidad por infracción a



las normas de defensa de la libre competencia, atendida su vigencia, carácter vinculante y las conductas específicas que ésta prohíbe.

Lo anterior queda claro al considerar el origen de la condición, puesto que tanto la propuesta formulada por la FNE como la decisión del Tribunal de incluirla en la Resolución N° 1/2004, apuntaban a evitar que al contratar servicios de distribución de señales de televisión, la empresa fusionada optara por privilegiar a sus empresas relacionadas verticalmente, en directo perjuicio de otros programadores, como TVI. Es por tal razón que la Condición Quinta impone a la entidad fusionada, esto es VTR, una prohibición de negar injustificadamente la compra de contenido a terceros proveedores, o de pagar por sus servicios un precio que no tenga relación con las condiciones de competencia del mercado, con independencia del poder de mercado que detente. Lo anterior se concluye de un examen de la citada Condición en conformidad con las reglas de interpretación aplicables, el que fue desarrollado en el Informe en Derecho elaborado por Carolina Horn, cuyo contenido extracta.

Si la Condición Quinta exigiera la constatación de poder de mercado, sería una simple repetición del artículo 3 letra b) del Decreto Ley N° 211, lo que no es correcto. Así, el único sentido posible que puede dársele a la referida condición es que ella es autónoma a la existencia



de poder de mercado por parte de la entidad fusionada. Bajo esa óptica, la referencia al "poder de mercado" incorporada en la Condición Quinta sirve como un elemento de contexto, y no como una expresión equivalente a "posición dominante" de mercado.

Por lo tanto, sostiene, el análisis de las condiciones de mercado y la existencia de una posición de dominancia en el mercado por parte de VTR resultaba impropio en el marco de un proceso contencioso, como era el caso de autos. En efecto, el procedimiento contencioso vinculado al incumplimiento de las condiciones fijadas por el TDLC no es la sede legalmente destinada a discutir la conveniencia de mantener una determinada condición, cuestión que ha sido reconocida expresamente por el TDLC, en varias oportunidades y de manera categórica, refiriendo casos en que aquello ha ocurrido.

De permitirse a VTR que por su mera voluntad deje de cumplir y, por tanto, contravenga la condición impuesta por un tribunal de justicia como lo es el TDLC, fundándose en un análisis privado y de la propia parte que debe cumplir, aduciendo un supuesto cambio en las condiciones de mercado, significaría otorgar al particular facultades jurisdiccionales, permitiéndole determinar de motu proprio la vigencia de las condiciones que son fijadas por el tribunal al aprobar una solicitud de concentración, vulnerando no sólo el Decreto Ley N° 211, que atribuye



dicha competencia especial al TDLC, sino que también el artículo 76 de nuestra Constitución Política, en relación con su artículo 7°, que reserva exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley la facultad de conocer, resolver y también hacer ejecutar lo juzgado en todas las causas civiles y criminales. Asimismo, de facto se dejaría sin efecto una condición sin escuchar a todos aquellos que intervinieron el procedimiento no contencioso que la originó, soslayando que aquella no sólo tiene efectos sobre TVI, sino erga omnes.

Puntualiza que la condición incumplida es una de carácter permanente, la que no se vincula necesariamente a la posición de dominio de VTR, sino que a otros riesgos asociados a la operación de concentración, tratándose en definitiva de condiciones que no están sujetas a un plazo, a diferencia de aquellas transitorias. En este contexto, sostienen que la Condición Quinta se encuentra vigente, hecho que, por lo demás, no fue controvertido en este procedimiento.

Agrega que el incumplimiento de las condiciones dictadas en procedimientos no contenciosos genera responsabilidad para el agente económico que las infringe.

Segundo: Que, a continuación, en un segundo acápite se desarrolla otra línea argumental, refiriendo que aún cuando fuera necesario analizar la verificación de poder de mercado para acoger la acción, se verificaría que VTR lo



tiene. En efecto, el TDLC realizó un análisis erróneo e incompleto del mercado relevante y, en consecuencia, también erró al momento de determinar que VTR carecía de poder de mercado, puesto que los antecedentes aportados en autos permiten concluir lo contrario.

El TDLC determinó erróneamente el mercado relevante geográfico, al establecer que éste es nacional y no local fundándose en la innovación tecnológica que permitiría transmitir las señales televisivas por medios inalámbricos y que habría hecho posible que los actores provean sus servicios en cualquier localidad, como también el hecho que las tarifas cobradas fueran similares en los distintos puntos del país, soslayando que se presentó evidencia que confirma la existencia de un mercado de carácter local, no nacional.

Expone los informes económicos acompañados en autos que establecen que el mercado geográfico relevante debe definirse a nivel de zonas del país. En este contexto, explica que el TDLC hace referencia a la existencia de medios inalámbricos como fundamento para la determinación del mercado relevante geográfico, en circunstancias que la demandada opera con la tecnología contraria, esto es, con redes alámbricas. Lo anterior, expone, trae como consecuencia que las participaciones de mercado nacionales se encuentren distorsionadas. En efecto, dado que existen zonas en que VTR carece de factibilidad técnica y, por



tanto, su participación de mercado es cero, ello genera una reducción de su participación de mercado a nivel nacional, que en realidad es mucho mayor en una gran cantidad de localidades.

En este contexto, explica que VTR tiene poder de mercado, toda vez que, como explica el Informe de F&K Consultores, su participación de mercado en las comunas donde sí opera, es muy superior al promedio nacional. En efecto, incluso bajo un escenario conservador, la participación de mercado de VTR superaría el 40%. Por su parte, el Informe de Econsult, demuestra que VTR tiene el 54% de participación en el mercado, más de 30 puntos por sobre el siguiente competidor Movistar, al analizar los ingresos por suscripción.

Por otro lado, el índice de concentración HHI demuestra que en aquellas comunas donde VTR opera, da cuenta de un mercado altamente concentrado, puesto que es inferior a 2.500 puntos sólo en 26,5% de ellas, con 49% de las comunas con un índice HHI entre 2.500 y 3500 puntos, e incluso 17,4% de comunas donde supera los 4.000 puntos. A su vez, el Informe de Econsult, tras analizar el mercado relevante desde el punto de vista de los ingresos por suscripción, señala que el índice HHI supera los 3.600 puntos.

En relación a las barreras de entrada, tanto el Informe de F&K Consultores como de Econsult destacan la



existencia de costos medios decrecientes a escala, costos hundidos y costos de inversión, como también la existencia de dificultades para consumidores que viven en condominios y edificios. Sin embargo, el Tribunal desestimó dichas consideraciones entregando como principal fundamento la disminución de participación de mercado de VTR en el último periodo, análisis insuficiente, puesto que las barreras a la entrada se refieren a la posibilidad de que nuevas empresas ingresen al mercado y no a que aquellas incumbentes aumenten su participación.

Por otro lado, sostiene que el análisis del TDLC resulta especialmente débil en lo relativo a la posición de VTR en el mercado de la publicidad. Explica que, en varias oportunidades a lo largo del procedimiento, su parte señaló que la demandada tenía poder de mercado dada su altísima participación en la medición del rating, cuestión que tenía efectos directos sobre la publicidad, que constituye una importante fuente de ingreso de los productores de contenidos. Así, dado que VTR representaba, para efectos de la medición de rating, un porcentaje mayor a su participación de mercado según número de suscriptores, resultaba imprescindible analizar la posibilidad de usar dicha posición para abusar de los proveedores de contenidos e imponer condiciones más onerosas.

Agrega que, con independencia de la participación que tenga VTR en el mercado de la televisión pagada, el hecho



que se encuentre sobre representado en la medición del rating, trae como consecuencia que su poder sea muy superior al que le correspondería por su sola participación de mercado.

Prosigue refiriendo que en autos se acompañó abundante prueba que da cuenta que el 50,97% de los hogares que cuentan con medición de rating corresponden a VTR, lo que es aún mayor si se consideran los hogares de mayores ingresos (70,67% de los hogares ABC1 con people meter, y de 64,84% en los hogares C2 con people meter están suscritos a VTR). Ello también quedó confirmado por la confesión de VTR, en la comparación de los precios que paga VTR frente a los precios que pagan sus competidores, tal como lo señalaron los testigos que individualiza.

Si el TDLC hubiera analizado la relevancia que tiene la participación elevada de VTR en el mercado del rating y la publicidad, hubiera concluido necesariamente que VTR tenía posición dominante frente a los proveedores de contenidos.

Tercero: Que, asentadas las ideas anteriores, en los acápites siguientes se explica que el TDLC erró al considerar que VTR no incurrió en un ilícito anticompetitivo, pues incumplió la Condición Quinta de la resolución N° 1/2004.

El primer incumplimiento está configurado por su propuesta de dejar de comprar y transmitir los canales Vía



X y Zona Latina, ofreciendo mantener en su parrilla únicamente a los canales Vía X HD y ARTV. Tal "oferta", sólo fue realizada luego que el 22° Juzgado Civil de Santiago otorgara una medida prejudicial precautoria a su parte. Para negar la compra de las señales VTR esgrimió de forma sucesiva diversas razones, cada una de las cuales surgía a medida que la contraria tomaba conciencia que la explicación dada anteriormente no permitía justificar su decisión.

Así, en primer término, se esgrimió que las señales de TVI eran canales de música, género que ya no era atractivo para los televidentes. Tal calificación es incorrecta, toda vez que si bien los canales tienen programación musical, los mismos tienen un conjunto de programas referidos a temáticas muy diversas y distintas de la musical. Incluso si se considerara que las señales Vía X y Zona Latina son señales del género "Música", el argumento de VTR carece de sustento, por cuanto dichos canales tienen un desempeño mucho mayor al de otros canales del mismo género que VTR no ha eliminado de su parrilla, cuestión acreditada en autos.

Posteriormente, a modo de justificación la demandada señaló que los canales Vía X y Zona Latina habrían experimentado una baja en su audiencia, cuestión que, según consta en autos, no es efectiva, pues los diversos informes presentados, que se individualizan, así lo acreditan. En aquellos se hace un análisis de la evolución del rating y



share de las señales de TVI en comparación con la grilla completa de VTR y con sus canales comparables. En este mismo orden, los análisis y estudios cualitativos presentados también dieron cuenta de la falta de justificación de la decisión de VTR y de la falsedad de sus declaraciones respecto al desempeño de las señales de TVI.

Tras citar la prueba aportada para acreditar que VTR negó injustificadamente la compra a TVI de sus señales Vía X y Zona Latina, refiere que la demandada también incumplió la Condición Quinta al haber ofrecido transmitir sus señales Vía X y Zona Latina sin pagar por ello, lo que supone que ofreció por las mismas un precio que no tenía relación con las condiciones de competencia del mercado, cuestión acreditada en el procedimiento, a través de correos electrónicos y declaración testimonial que se individualiza. Enfatiza que el solo hecho que VTR ofreciera precio cero por dicha transmisión es por sí mismo indicativo de un abuso, especialmente si se compara con el precio acordado en el contrato vigente al que se le puso término injustificadamente.

Finalmente refiere que VTR incumplió la condición de manera culpable, sin perjuicio que, como ha señalado el TDLC, la carga de la prueba sobre la falta de culpa corresponde a VTR, pues el incumplimiento se presume culpable, sin que la demandada rindiera prueba idónea en tal sentido.



Concluye manifestando que lo expuesto demuestra que el TDLC erró al rechazar la demanda, pues VTR incumplió la Condición Quinta al haber incurrido en las conductas prohibidas, esto es, negar injustificadamente la compra a proveedores de señales y ofrecer por las mismas un precio que no dice relación con las condiciones de competencia del mercado, razón por la que la acción debió ser acogida.

Cuarto: Que en el análisis de la reclamación es indispensable tener presente ciertas consideraciones relacionadas con la naturaleza de la legislación que regula la materia de autos. En este aspecto, tal como se ha señalado en otros fallos, la materia puesta en conocimiento de esta Corte está regulada en el Decreto Ley N° 211, que tiene un carácter económico, entre cuyos objetivos se encuentra la regulación y cautela de la libre competencia, como asimismo, de un modo más general, la pureza del orden público económico del país. Es así como el Constituyente ha desarrollado una especial profundización de las normas que integran este marco regulatorio, tanto al establecer la competencia del Estado, como al referirse a las garantías individuales.

Así, diferentes normas constitucionales desarrollan lo que se ha denominado la "Constitución Económica", que busca precisar y resguardar a las personas su derecho a planificar, desarrollar y ejecutar sus proyectos de vida personal y de realización material, para concretar y llevar



adelante su capacidad de emprendimiento. Los artículos 1°, 3°, 8°, 19 N° 2, 21, 22, 23, 24, 25 y 26; 20, 21, 38 y 108 de la Constitución Política de la República dan origen a un abanico de disposiciones en que las personas encuentran seguridad en los enunciados anteriores.

En el campo del derecho económico se estructuraron las nociones de orden público económico, libre competencia y competencia desleal, en que se asocia la libre competencia con el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, al cual se unen la reserva legal en materia de regulación económica, igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas tributarias, proscribiendo cualquier discriminación, que comprende la de igualdad de trato económico que debe entregar el Estado y sus órganos, la libre apropiación de los bienes, la consagración del derecho de propiedad en las distintas especies que contempla la Constitución y ciertamente la garantía de las garantías, esto es, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Conjuntamente con lo anterior debe considerarse la estructura económica basada en la autoridad reguladora del



Banco Central, para luego desarrollar toda una institucionalidad en materia de orden público económico, sustentado en un conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución (José Luis Cea Egaña) o "la recta disposición de los diferentes elementos sociales que integran la comunidad -públicos y privados- en su dimensión económica, de la manera que la colectividad estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre" (V. Avilés Hernández, citado por Sebastián Vollmer, Derechos Fundamentales y Colusión, Universidad de Chile).

Quinto: Que, en síntesis, nuestro ordenamiento jurídico ha realizado ciertas definiciones económicas con rango constitucional con la finalidad de orientar el quehacer de la actividad económica: a) la libre iniciativa particular en materia económica de todas las personas, sin más limitación que respetar el ordenamiento jurídico imperante, en que podrán obtener una justa rentabilidad o retribución; b) el Estado tendrá siempre un papel subsidiario; c) el Estado tendrá un papel principal en materia de servicio público; d) se podrá regular y conceder las funciones de servicio público que no sean estratégicas, como tampoco las que monopólicamente le correspondan al



Estado; e) para participar el Estado en materia económica deberá ser previamente autorizado por el legislador; f) el Estado se ha reservado la titularidad del dominio respecto de ciertos bienes; g) se ha regulado el principio de solidaridad y bien común mediante la función social de la propiedad, conforme a la cual queda sujeta a determinadas restricciones; h) las limitaciones de las facultades esenciales del dominio deben ser compensadas mediante el pertinente procedimiento expropiatorio; i) los intereses particulares ceden a favor del beneficio general de la población, por lo que el Estado se encuentra facultado para realizar las expropiaciones que imponga el bien común; j) el Estado debe garantizar efectivamente el ejercicio de todos los derechos, entre ellos los de propiedad y los vinculados a las materias económicas; k) se han contemplado acciones constitucionales y legales destinadas a requerir de las autoridades administrativas y judiciales la vigencia efectiva de las garantías de los particulares, como para exigir el respeto de las restricciones a la actividad estatal, entre otros principios que informan el derecho público económico.

Sexto: Que el derecho a desarrollar cualquier tipo de actividad económica, consagrado constitucionalmente en el artículo 19 N° 21, tiene límites, que se establecen en el mismo precepto constitucional, esto es, la moral, el orden público o la seguridad nacional.



Así, la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico, que tiene distintas funciones respecto de la garantía antes referida, puesto que, por una parte, vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado; sin embargo, desde otra perspectiva, limita el ejercicio de tal derecho, puesto que como se ha dejado asentado, el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado, sino también de particulares que esgrimiendo su propia libertad pretenden alcanzar y ejercer un poder en el mercado, violentando así no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en el que se desenvuelve, sino que afectando los intereses de los consumidores, circunstancia que en último término se traduce en una afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la Nación.

Séptimo: Que, como se ha destacado con anterioridad, esta rama del Derecho surge a fines del siglo XIX con la dictación en los Estados Unidos de Norteamérica de la denominada Ley Sherman en el año 1890. Desde esa época la doctrina y la jurisprudencia de ese país y en el derecho comparado, ha evolucionado en la aplicación de la normativa especial respecto de las distintas materias que regula.



En nuestro país el primer hito, está vinculado a la Ley N° 13.305 de 6 de abril de 1959 que dispuso que correspondía regular la actividad económica, especialmente para fomentar la libre competencia industrial y comercial, determinándose en su Título V normas orgánicas para la autoridad encargada de supervigilar su cumplimiento. En el Mensaje correspondiente el Ejecutivo sostuvo:

“La política errada seguida por muchos años de tratar de proteger los intereses de los consumidores mediante la mera aplicación de controles de precios, ha contribuido a crear, en el país, acuerdos entre productores que se traducen en un encarecimiento artificial de los precios. En efecto, bajo el amparo de los precios oficiales ha sido posible llegar a entendimientos entre los productores y comerciantes de un mismo rubro, de manera que los precios quedan fijados por productores de mayor costo. Para que la empresa privada defienda efectivamente el interés del consumidor es indispensable que los productores y distribuidores estén preocupados de reducir sus costos impulsados constantemente por una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados.”

Esta ley substancialmente dispuso: “Artículo 172. No podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades industriales o comerciales.



Sólo por ley podrá reservarse a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipales el monopolio de determinadas actividades industriales o comerciales."

"Artículo 173. Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hecha por una sola persona o sociedad, de varios productores del mismo artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados y con multa de uno por ciento al diez por ciento del capital en giro de los autores."

Posteriormente la Ley 15.142, de 22 de enero de 1963, modificó las atribuciones de la autoridad encargada de controlar la aplicación de la normativa de competencia.

Mediante Decreto Ley 211, de 1973, se reguló totalmente la materia, cuerpo legal que con distintas modificaciones se mantiene hasta la fecha, en cuya dictación se tuvo presente:

"1° Que el monopolio y las prácticas monopólicas son contrarias a una sana y efectiva competencia en el



abastecimiento de los mercados ya que mediante el control de la oferta o demanda es posible fijar precios artificiales y lesivos al interés del consumidor;

2° Que tales actividades, por otra parte, no incentivan la producción; protegen al productor o distribuidor ineficiente; tienden a la concentración del poder económico y distorsionan el mercado en perjuicio de la colectividad;

3° Que, por tanto, resulta necesario garantizar la libre competencia previniendo la existencia del monopolio y de las prácticas monopólicas y sancionando drásticamente su ejecución;

4° Que, sin embargo, cierta producción de bienes y servicios puede o debe, en determinadas circunstancias, realizarse a través de organizaciones de estructura monopólica estatal, siempre que los fines perseguidos redunden en beneficio de la comunidad y su creación, funcionamiento y resguardos se prevean mediante una ley expresa;

5° Que las normas destinadas a fomentar la libre competencia industrial y comercial que prevé el título V de la ley N° 13.305, modificado por la ley N° 15.142, si bien tienen mérito conceptual no contemplan una estructura orgánico-funcional que las haga operativas y eficaces en todo el país;



6° Que en esta tarea de prevención de las actividades monopólicas para garantizar la libre y sana competencia es necesario incorporar al sector docente de la Universidad, a los productores y comerciantes y a la comunidad a través de sus representantes más calificados para estos fines."

Octavo: Que el sistema jurídico establecido en nuestro ordenamiento jurídico corresponde a los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado, propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo de esta forma que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, en que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado. Es por ello que el Derecho de la Competencia se ha definido como "el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público" (Robert Merkin, citado por Alfonso Miranda Londoño y Juan Gutiérrez Rodríguez, "Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia", Revista de Derecho de la Competencia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá,



Colombia). Es así como "el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante" (obra citada).

Noveno: Que, en este mismo sentido, se ha señalado que el análisis de la defensa de la libre competencia se realiza controlando los comportamientos de los operadores del mercado buscando reprimir las prácticas concertadas y los abusos de una posición dominante y, además, se materializa controlando las estructuras del mercado.

El derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación.

Décimo: Que una vez asentadas las ideas anteriores, se debe tener presente lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, que señala: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas,



correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

Undécimo: Que los aspectos reseñados precedentemente permiten precisar la materia objeto del presente recurso, esto es, el estudio de un caso relativo al derecho de la libre competencia, en especial el cumplimiento de las



condiciones particulares de regulación de un mercado relevante por parte de la autoridad competente, en este caso las medidas de mitigación impuestas para impedir el abuso de posición dominante o poder de mercado de la sociedad que concentraría el 88% de la participación en el mercado de la televisión pagada. En específico, el cumplimiento de la Condición Quinta de la Resolución N° 172004 del TDLC, considerando el contrato celebrado por VTR con TVI y las condiciones de renovación del mismo.

Duodécimo: Que, en el caso concreto, el análisis no sólo debe abarcar el incumplimiento del contrato o de las condiciones particulares, sino que aquél debe ser integral, desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, toda vez que es éste el que entrega las facultades para conocer de los presentes autos. Así, el examen del ilícito anticompetitivo se efectuará, como se ha dicho, a partir de la denuncia del incumplimiento de una medida de mitigación impuesta por el TDLC al aprobar la fusión entre VTR y Metrópolis Intercom. En razón de lo anterior, conviene tener presente ciertas consideraciones relativas al marco normativo que regula el procedimiento no contencioso que origina la medida cuyo incumplimiento se reprocha.

El artículo 5° señala: *"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función*



será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia”.

A su turno, el artículo 18 indica: *“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: (...) 2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”.*

La doctrina es pacífica en señalar que en un procedimiento de carácter no contencioso el órgano público conoce de materias en que se parte del supuesto de la falta de controversia jurídica, sin que exista propiamente una acción, proceso y partes, sino que un requirente o interesado y órgano requerido; y que tampoco haya pronunciamiento de una sentencia, sino un dictamen, declaración o resolución.

El Tribunal, a la luz de los citados artículos 18 N° 2 y 31 del Decreto Ley N° 211, se encuentra facultado para fijar las condiciones o medidas de mitigación que deben ser cumplidas por los agentes económicos vinculados a la consulta de una operación de concentración o fusión. Ello ocurre entonces en ejercicio de la denominada potestad consultiva-preventiva del Tribunal de Defensa de la Libre



Competencia para absolver consultas conducentes a otorgar certeza mínima a los actores del mercado al calificar o determinar la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto. No tiene por finalidad sancionar un injusto anticompetitivo específico a través de los momentos jurisdiccionales, sino que se trata de medidas de mitigación, correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso, las que se adoptan con miras a restablecer o permitir la sana competencia.

La potestad consultiva busca *"prevenir o evitar la comisión de un injusto monopólico por la vía de pronunciarse sobre un hecho, acto o convención que no se ha ejecutado o celebrado, o advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la persistencia en un hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o éstos sean terminados o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá el propio Tribunal Antimonopólico"* (Domingo Valdés Prieto, "Libre Competencia y Monopolio", página 612) o subsanar el daño que pueda causar la operación sujeta a aprobación (Paulo Montt, Nicole Nehme, "Libre Competencia y retail un análisis crítico" página 315).

Décimo tercero: Que se ha señalado por esta Corte que a través del artículo 18 número 2) del Decreto Ley N° 211,



el legislador otorgó al Tribunal la facultad de prevenir que un determinado hecho, acto o convención, que presenten para su conocimiento quienes se proponen ejecutarlo o celebrarlo, pueda llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos. Tal labor preventiva tiene por objeto entregar certeza jurídica ex-ante, con los beneficios establecidos en el artículo 32 del Decreto Ley N° 211 y con carácter vinculante para los agentes económicos que voluntariamente lo consulten, respecto de la compatibilidad entre los efectos, actuales o potenciales, de dicho hecho, acto o convención, y la libre competencia en uno o más mercados en particular y, por lo tanto, respecto de su juridicidad. El legislador estableció también la posibilidad de que terceros interesados puedan demandar o el Fiscal Nacional Económico requerir, en caso que estimen que una operación no consultada -se haya perfeccionado o no- tienda a impedir la libre competencia.

La posibilidad de control de operaciones de concentración se funda en que éstas crean una nueva entidad que puede tener mayor poder de mercado que el que tenían individualmente las empresas antes de integrarse, disminuyendo el número de competidores, facilitando prácticas colusivas o abusos de posición dominante y, en el caso de la integración vertical, modificando las relaciones económicas entre los distintos actores, con el posible



efecto de que se extienda el poder de mercado de una de estas empresas al mercado en que participa la otra con la cual se integra.

Décimo cuarto: Que, por otro lado, puede indicarse que "El legislador al establecer un procedimiento de jurisdicción voluntaria lo hace exactamente para garantizar la protección de un derecho socialmente relevante. Es el juez u otro órgano o sujeto que actúa preventivamente y para dar certeza y así proteger el bien o el derecho que, en la ausencia de la participación de la jurisdicción, quedaría entregado a la voluntad de los particulares". En resumen, en el Estado Constitucional, el magistrado tiene el deber de dar protección a los derechos "especialmente a los fundamentales y a los de mayor relevancia social"(...) "el magistrado, en la jurisdicción voluntaria es llamado incuestionablemente para dar protección a los derechos" ("Fundamentos del proceso civil, Hacia una teoría de la adjudicación, Luis Guilherme Marinoni, Alvaro Pérez Ragone, Raúl Núñez Ojeda, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, primera edición, año 2010 pág. 138-139).

Así, el TDLC, ante un conflicto entre intereses públicos y privados, deberá necesariamente hacer primar lo que le encarga la mencionada disposición constitucional por sobre la utilidad que pueda surgir para un particular.

En el contexto descrito, la regla general establecida en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política



relativa a la libre iniciativa empresarial y el derecho consagrado en el artículo 23 de la mencionada Carta Fundamental, esto es el derecho a adquirir toda clase de bienes, cede en la especie ante la limitación del orden público económico, que dice relación con el hecho que se sobrepone al reconocimiento de los intereses económicos a través del objetivo de prevenir que se cause una lesión al derecho de la libre competencia al fusionarse un agente económico con uno de sus competidores y por ende se ponga en peligro el bien común.

De lo anterior es posible concluir que el incumplimiento de la sentencia judicial que impone las condiciones constituye una infracción al artículo 3° del Decreto Ley N°211, máxime si las condiciones impuestas justamente tienden a prevenir su ejecución, en la medida que el acto sometido a conocimiento del tribunal tiene la aptitud de lesionar la competencia, empero, tal efecto es contrarrestado por las medidas de mitigación impuestas.

Décimo quinto: Que, asentadas las ideas anteriores, conviene analizar el contexto de la medida de mitigación que se acusa fue incumplida por VTR, que se encuentra en la parte resolutive de la Resolución N° 1 del TDLC, del 25 de octubre de 2004, como Condición Quinta.

Su origen está en la comunicación realizada a la Comisión Preventiva Central, el 12 de diciembre de 2003, respecto del inicio de conversaciones para llevar a cabo la



fusión entre VTR y Metropolis Intercom y la posterior consulta formulada por las sociedades involucradas respecto de si la operación indicada podía infringir las disposiciones contenidas en el Decreto Ley N° 211.

La resolución pronunciada, una vez concluido el procedimiento, establece el mercado relevante afectado por la operación consultada, esto es, el de la televisión pagada. Este mercado incluye los servicios de televisión con tecnología analógica o digital, tanto vía cable como satélite o terrestre, así como los servicios interactivos comercializados conjuntamente con los anteriores.

Se deja constancia que las empresas consultantes, además de la televisión por cable, prestan otros dos servicios a través de plataformas HFC: internet banda ancha y telefonía fija, por lo que la operación consultada incide también en estos mercados relevantes de prestación de servicios de telecomunicaciones.

Agrega que una eventual fusión de las consultantes afecta también los mercados de adquisición de los derechos de retransmisión televisiva de contenidos, de edición y comercialización de canales temáticos y el de producción y comercialización de obras audiovisuales para televisión.

Luego, en el análisis de riesgos, establece que aquellos se vinculan, principalmente, a la televisión pagada, toda vez que aquellos son menores en el mercado de internet y telefonía local.



No obstante lo anterior, expresamente refiere que *“Los tres mercados están estrechamente relacionados tanto por el lado de la oferta como por el de la demanda. En efecto, las empresas de cable hoy ofrecen telefonía fija y banda ancha. Por su parte, las empresas de telefonía fija también ofrecen banda ancha, y eventualmente podrían proveer televisión multicanal pagada. Además, por el lado de la demanda, existe algún grado de sustitución entre los tres servicios. Banda ancha sirve como medio de comunicación y entretenimiento, pues permite enviar correos electrónicos, usar programas de conversación como messenger y bajar contenidos, siendo por lo tanto sustituto en algún grado de la TV pagada y la telefonía, respectivamente”*.

A continuación, al referirse a otros mercados afectados, señala que la adquisición de contenidos por parte de las empresas de TV pagada es un mercado puede verse afectado toda vez que el acceso a contenidos es una condición necesaria para que exista competencia potencial o efectiva en la industria de la TV pagada. A continuación, dentro de éste ámbito, refiere las relaciones existentes entre la empresa Liberty, una de las consultantes, y los propietarios de contenidos. Así, concluye, el hecho de que Liberty esté relacionada con los principales proveedores de contenidos puede llegar a constituirse en una barrera de entrada que ya existe pero que puede intensificarse con la fusión consultada. Agrega: *“Es importante tener presente la*



posibilidad de que la posición dominante de la eventual empresa fusionada pueda derivar en un poder monopsonico en los contratos con los proveedores de señales a nivel nacional, que podría materializarse en la forma de negativa injustificada de compra y/o en el ofrecimiento de precios que no dicen relación con las condiciones de mercado.

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

Prosigue la sentencia, haciéndose cargo de los potenciales efectos anticompetitivos en mercados relacionados. Sosteniendo que en caso de que la empresa resultante de la eventual fusión consultada obtenga ganancias sobrenormales, puede subsidiar con parte de estos recursos los valores de productos y servicios de mercados relacionados, como la telefonía fija y la banda ancha, aún cuando, reconoce, esto es difícil.

Continúa la resolución analizando las barreras de entrada existentes en la televisión pagada por cable, que



presenta grandes costos hundidos o inversiones irrecuperables, lo que afecta fuertemente la contestabilidad de este mercado al implicar mayores riesgos de salida.

Por otra parte, señala que *"en esta industria es usual que los proveedores de contenidos disminuyan el valor por abonado que exigen a las empresas de TV cable, en la medida en que aumenta el número de los mismos, lo que dará una ventaja de costos a la empresa fusionada a menos que quien entre al mercado lo haga a gran escala.*

Las complejidades que representa lo recién expuesto para que entren nuevos competidores al servicio a gran escala de TV cable, no obsta a que puedan instalarse múltiples operadores de tamaño más limitado en zonas geográficas con alta densidad poblacional, sin perjuicio que es dable suponer que deberán resistir guerras de precios más o menos intensas.

Además, el dinamismo tecnológico esperable de esta industria puede restringir o eliminar en el futuro las barreras de entrada mencionadas y hacer muy inestables las fronteras del mercado relevante de la TV pagada".

Entre los efectos sobre la competencia, detecta que *"la fusión amenaza con disminuir la diversidad en la oferta programática. En efecto, la existencia de mayores grados de competencia genera la posibilidad de elegir la programación de uno de los oferentes. Por último, al disminuir la*



posibilidad de cambiar de oferente se corre el riesgo de desmejorar la calidad del servicio. Pueden sumarse a estos efectos las distorsiones que podrían presentarse con las compras de contenido por parte de una empresa dominante”.

Sin embargo, concluye, tales riesgos, pueden ser resueltas con el acatamiento de las medidas restrictivas que se exponen en la parte resolutive.

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



importante en el segmento de la TV pagada (88% del mercado), se imponen condiciones.

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

Décimo sexto: Que, el primer punto a dilucidar, esgrimido en el primer capítulo de la reclamación, se relaciona con el análisis de las exigencias previstas en la condición antes referida. Específicamente, la cuestión a determinar es si el análisis del TDLC, en tanto estudia las condiciones actuales del mercado para efectos de establecer si VTR goza de poder de mercado constatado en la Resolución N° 1/2004, es correcto.

En este aspecto, la demandada aduce que el poder de mercado es una cuestión dinámica, razón por la que su análisis no puede ser estático, razonamiento que es compartido por el TDLC, el cual refiere que fue la propia resolución que impuso la Condición Quinta la que previó que el dinamismo tecnológico imprimiría competencia en el mercado, cuestión que implicaría que la demandada vería mermada su posición de dominio, razón por la que era procedente hacer un análisis del mercado actual para determinar si VTR tenía una posición de dominio.



Si bien, en un primer análisis, pareciera que lo realizado por el tribunal, resulta lógico, lo cierto es que una adecuada ponderación de las normas y principios que se aplican a la materia permite establecer que tal razonamiento es erróneo. En efecto, existe un punto que no ha sido controvertido por las partes, esto es, que la Condición Quinta se encuentra vigente, toda vez que no ha sido modificada por el TDLC, pues VTR no ha iniciado, hasta la fecha, el procedimiento respectivo para su modificación. Lo anterior reviste la máxima trascendencia, toda vez que la presente causa es de naturaleza contenciosa, razón por la que es improcedente realizar un análisis específico de la posición en el mercado de VTR, puesto que tal examen fue realizado, en un procedimiento no contencioso que culminó con la aprobación de la operación de concentración, bajo la imposición de medidas de mitigación, entre las cuales, precisamente, se encuentra la condición cuyo incumplimiento origina el ilícito anticompetitivo denunciado en autos.

En esta materia, se debe señalar que si bien las causas contenciosas, por su naturaleza, permiten discutir de manera amplia todo aquello que se ha puesto bajo la órbita de competencia del tribunal, lo cierto es que tal vía no puede ser utilizada como un sustituto para resolver materias vinculadas a la modificación de condiciones o medidas de mitigación impuestas de una Resolución dictada en un procedimiento consultivo. En efecto, aceptar aquello



implicaría dejar al mero arbitrio de las partes obligadas por la decisión adoptada en el procedimiento voluntario el cumplimiento de tales medidas quienes podrían determinar por sí y ante sí que las condiciones del mercado cambiaron y que, por ende, las medidas de mitigación ya no le afectan, omitiendo solicitar la modificación al TDLC. Así, existiría un incentivo perverso entregado a las partes obligadas, toda vez que preferirían no consultar, incumplir, y esperar a que algún agente del mercado demande en sede contenciosa, pues tendrían la facilidad de discutir en tal procedimiento la modificación de la Resolución que impone condiciones, cuestión que atenta contra el objetivo preventivo que tiene la imposición de condiciones o medidas de mitigación e implica, por lo demás, desconocer el especial deber de cuidado que pesa sobre los incumbentes afectados por una resolución que impone medidas de mitigación para aprobar determinada operación de concentración.

Pues bien, asentado lo anterior, se debe enfatizar que la Resolución N° 1/2004, que impone determinadas condiciones y que asienta la posición de dominio de VTR, no ha sido modificada.

En este aspecto, no puede soslayar esta Corte la contradicción evidente que existe entre el reconocimiento de vigencia de la Condición Quinta antes referida y la alegación de carencia de poder de mercado, toda vez que es



la propia resolución la que señala que VTR tiene ese poder en el mercado de la televisión pagada, por lo que la referida condición sólo expresa aquello que fue constatado y, sobre su base, prohíbe usarlo para negar injustificadamente la compra u ofrecer precios no competitivos a proveedores de contenidos, abusando de la posición dominante discriminando la oferta programática, etc. Ergo, negar ese poder, implica sostener, que al menos desde el punto de vista de VTR, tal condición no sería obligatoria por faltar un presupuesto fáctico esencial, cuestión que, en los hechos, equivale a una alegación de falta de vigencia de la mencionada Condición Quinta.

Igual pronunciamiento ha tenido la Corte Suprema en los autos 821-2016, al conocer de las reclamaciones relativas a la sentencia que dirimió el conflicto vinculado al incumplimiento de la empresa SMU S.A. de las condiciones primera y tercera impuestas por la Resolución N°43/2012.

En este escenario, razón lleva la reclamante cuando señala que admitir el análisis que ha realizado el sentenciador, sobre la base de hechos consumados que originan una causa contenciosa, implica admitir que VTR pueda desarrollar conductas que tiene prohibidas sobre la base de su particular evaluación respecto de la inexistencia de una posición dominante actual, cuestión que no puede ser admitida, toda vez que ante una Resolución que impone medidas conductuales a la incumbente -plenamente



vigente- lo exigible es que aquella inicie el procedimiento no contencioso respectivo que permita dilucidar su situación actual en el mercado y analice la pertinencia y conveniencia de mantener las medidas de mitigación originalmente ordenadas.

Por lo demás, éste fue el criterio sostenido por el TDLC en la Sentencia N° 117/2011, en que se acoge el requerimiento de la FNE en contra de Jhon C Malone por infringir la prohibición contenida en la condición primera de la Resolución N° 1/2004, en cuyo fundamento octogésimo se señaló: *"Que, a juicio de este Tribunal, los argumentos reproducidos en el razonamiento precedente debieron haber sido presentados a esta magistratura en la ocasión y en el momento adecuados para tal fin, que no eran otros que el de una solicitud, vía una nueva consulta en aplicación de los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, orientada a obtener el alzamiento o la modificación de la Condición Primera, toda vez que, tal como se ha dicho en las consideraciones Vigésimo Primera a Vigésimo Cuarta de la presente sentencia, la única manera jurídicamente procedente de dejar sin efecto o de modificar una condición impuesta con motivo de una consulta es mediante otra en que se solicite tal término o modificación sobre la base de nuevos antecedentes, pudiendo contar para ello -durante el procedimiento no contencioso respectivo- con la opinión de todos aquellos actores del mercado que quisieran intervenir*



en el mismo. Lo anterior encuentra su fundamento jurídico en el artículo 32 del D.L. N° 211, pues el afectado por una condición dictada en un procedimiento no contencioso podrá liberarse de responsabilidad infraccional por su incumplimiento sólo en la medida que exista un nuevo pronunciamiento de este Tribunal, sobre la base de nuevos antecedentes, que modifique o ponga término a dicha condición, lo que no ha ocurrido en la especie. De no seguirse este criterio, por lo demás, se generaría el incentivo perverso de que los afectados por una condición dictada en sede no contenciosa podrían burlarla simplemente estableciendo por su cuenta -en virtud de una especie de autotutela- que las circunstancias del mercado ya no son las mismas que se tuvieron en cuenta para imponerla; decidiendo en consecuencia no cumplir con la condición -infringiendo de esta manera el artículo 3° del DL N° 211-; esperar a ser requeridas y, si es que ello ocurre, intentar desvirtuar en el curso del procedimiento contencioso correspondiente la presunción de antijuridicidad contenida en el incumplimiento de la referida condición”.

El razonamiento reproducido precedentemente es plenamente compartido por esta Corte, sin que se visualice razón alguna que permita prescindir de él en el presente caso, máxime si el mismo se vincula con el incumplimiento de otra de las condiciones establecidas en la Resolución N°1/2004.



Ahora bien, se debe precisar que si bien el TDLC en su oportunidad previó que en el futuro las condiciones del mercado de la televisión pagada cambiarían en virtud de los cambios tecnológicos, aquello no implica que se otorgue un permiso a la empresa fusionada para que, de motu proprio, determinara que las condiciones previamente constatadas por el tribunal habían mutado, permitiéndole establecer por sí sola que su poder de mercado era diferente y que, por lo tanto, ya no le afectaba la prohibición de negativa de venta u ofrecimiento de precios no acorde a las condiciones del mercado establecidas en la mentada medida. En este aspecto, se debe ser enfático en señalar que, tal previsión, que no sólo puede ser factible, sino que, por lo demás, es esperable en la evolución de cualquier mercado competitivo, sólo autoriza a la sociedad fusionada para que solicite el cambio o eliminación de las medidas de mitigación en el procedimiento no contencioso correspondiente.

El razonamiento anterior se engarza en la concreción de la finalidad de la consulta ante el TDLC vinculada no sólo al aspecto preventivo en relación a riesgos que se detecten, sino que, además, a la seguridad jurídica que otorgada a todos quienes intervienen en el mercado de que se trata, en cuanto la operación de concentración puede tener determinados efectos que son abordados y que permiten autorizarla, en la medida que las condiciones impuestas



permiten asegurar la libre competencia o devolver los equilibrios que han sido resquebrajados en el caso de hechos, actos o contratos previamente ejecutados.

En este mismo sentido, se debe señalar que aquél razonamiento del TDLC, entregado a mayor abundamiento, vinculado a que en la actualidad no existiría el riesgo que motivó la imposición de la medida, esto es, la existencia de una integración vertical entre sociedades que pertenecen al Grupo Liberty, en atención a que Liberty Global, controladora de la empresa fusionada, con proveedores de contenidos internacionales, resulta igualmente incorrecto, toda vez que a su respecto son replicables todas las ideas antes referidas, en tanto, si persiste el riesgo de la integración vertical -atendido los actuales porcentajes de participación del grupo Liberty- y si esta es directa o indirecta, es un análisis que se debe efectuar, como se ha señalado, en el procedimiento no contencioso correspondiente, toda vez que es en el marco de la competencia del artículo 18 del Decreto Ley N° 211, se fijan condiciones que deberán ser cumplidas por los agentes del mercado regulado.

Por lo demás, se debe señalar que el análisis de concreción del riesgo previsto al imponer una medida de mitigación no es una cuestión que deba ser ponderada en un juicio por incumplimiento de ella, pues solamente procede determinar si ésta se encuentra vigente o ha sido



modificada por el mismo tribunal, pero establecida su obligatoriedad, son sus términos y no otros, los cuales corresponde ponderar, por el evidente carácter regulatorio de tales determinaciones, que no pueden ser alteradas o relativizadas en un procedimiento de naturaleza diversa, sin perjuicio de lo que se pueda decidir ante la denuncia de un hecho anticompetitivo. Lo anterior, como se dijo, tiene una razón de ser, y es que las medidas o condiciones impuestas para aprobar un hecho, acto o contrato sometido a consulta, tienen un fin eminentemente preventivo, por lo que, al estar aquellas dirigidas a modelar la conducta de los distintos actores en el mercado o en un mercado relevante determinado, para verificar el eventual incumplimiento y la materialización del riesgo, máxime si aquello no es exigible en las conductas anticompetitivas que no surgen de incumplimientos de resoluciones pronunciadas en la jurisdicción no contenciosa, resultando contrario a la normativa que regula la materia exigir que constituyan ilícitos independientes, como podría ser la negativa de compra desligada de una condición específica.

Décimo séptimo: Que lo anteriormente concluido conduciría a efectuar el análisis de los hechos sobre normas y directrices vigentes, en la forma como ellas han sido dispuestas.

Décimo octavo: Que si bien lo expresado permite descartar el razonamiento del TDLC, que estableció que VTR



actualmente carecía de poder de mercado, cuestión que determinó el rechazo de la acción, esta Corte considera necesario señalar, sólo a mayor abundamiento, toda vez que cómo se se expresó, esta no es la sede idónea para discutir la modificación de la Resolución N° 1/2004, que el examen realizado por el TDLC es igualmente erróneo, pues se limita a verificar el porcentaje de participación en el mercado considerando el número de suscriptores a nivel nacional y analizando barreras de entradas, soslayando que la Resolución examinó el mercado de la telefonía, televisión pagada e internet, estableciendo que éstos se encontraban relacionados, participando la empresa fusionada en los tres mercados y si bien sólo se detectaron riesgos vinculados a la televisión pagada, lo cierto es que tal interrelación obliga a realizar un análisis integral para efectos de la ponderación de la Condición Quinta, que fue aquello que, en los hechos, realizó el TDLC. Lo anterior sólo viene a confirmar que la revisión de la medida de mitigación necesariamente debía llevarse a cabo en el procedimiento consultivo correspondiente. Pero, como se ha dicho, en tanto esa labor no se realice, procede considerarla en los términos que se expresó.

Ahora bien, refuerza lo anterior, la circunstancia que en el análisis económico realizado por el TDLC, se señala que la televisión digital es un sustituto perfecto, para luego analizar el porcentaje de participación a nivel



nacional sobre la base del número de suscriptores. Sin embargo, en tal razonamiento se soslaya que, tal como se expone en el informe de F&K Consultores, VTR no ha bajado su número de suscriptores, sino que es la televisión digital la que ha crecido penetrando, mayoritariamente, sectores a los que el operador por cable no podía acceder. Lo anterior determina que sea plausible, como lo refiere tal informe, analizar el mercado geográfico por zonas del país, máxime si, dentro de los cableoperadores informados por la Subtel, existen empresas que sólo tienen presencia a nivel regional. Así, resultan atendibles los razonamientos entregados en el informe en comento, que expone la falta de razonabilidad de suponer que un habitante de Punta Arenas tiene la posibilidad de cambiarse a uno que opera en Iquique, dejando constancia respecto de que existen zonas del país en que no es viable entregar servicios alámbricos y es ahí donde se ha producido la expansión de la televisión digital.

Lo anterior es relevante, toda vez que la información entregada determina que al considerar sólo comunas donde VTR opera, esta tiene una participación, sobre la base del número de suscriptores, de un 43,4%. Es por tal razón que, adecuadamente se concluye que al determinar la participación con un mercado geográfico nacional, se subestima la posición en el mercado de VTR, al incluir las



zonas en que la empresa no opera para establecer el promedio.

Decidor es el gráfico inserto como figura N° 5, en el que se refleja la evolución del índice HHI entre los años 2013 a 2015, cuyos resultados son:

Nivel	HHI 2013	HHI 2014	HHI 2015
Nacional	2424	2301	2241
Comunas participa VTR	2993	2820	2744
Gran Santiago	3218	3100	3145
Comunas mide Reting	3145	3198	3367

Además, es relevante la información respecto de que en aquellos sectores en que está presente el cable operador compitiendo con las empresas de televisión digital, en el año 2015, fecha en que se incurre en la conducta que a juicio de la actora constituye el incumplimiento de la Condición Quinta, VTR tenía una participación en un 49% de las comunas que arroja un índice HHI entre 2.500 y 3500 puntos, mientras que en el 7,1%, el índice se ubicó entre 3500 a 4000 puntos y en un 17,4% de comunas el índice superó los 4.000 puntos. Las cifras demuestran la alta concentración del mercado en aquellas comunas en que VTR está presente, pues según lo establece la "Guía para el análisis de operaciones de concentración" de la FNE, un



índice HHI superior a 2500 puntos da cuenta de un mercado altamente concentrado.

Además, el informe demuestra como la participación de VTR se da en las comunas de mayores ingresos y mayor número de suscriptores, cuestión que permite concluir, como se expone, que las participaciones de mercado y los índices de concentración varían entre las comunas, ejerciendo VTR una posición de dominio en muchas de aquellas, cuestión que se ve exacerbada en las comunas con mayor número de suscriptores.

Por otro lado, aun cuando se considere que el mercado es nacional, el índice de concentración HHI es de 2217 puntos, considerando todas las empresas, incluso aquellas que sólo prestan servicio en determinadas regiones, el que es muy cercano a los 2500 puntos que determina un mercado altamente concentrado. Ahora bien, en el Informe Econsult se expone que si a nivel nacional se considera el índice C4, este arroja un porcentaje de 88% -índice que pareciera más adecuado en relación a las características del mercado- lo que significa que las cuatro empresas con más participación suman tal porcentaje, evidenciando la existencia de un mercado altamente concentrado.

En este escenario cobra importancia la circunstancia relacionada con la dificultad efectiva que tienen los clientes de VTR que viven en edificios para cambiar de proveedor, contratando los servicios de televisión digital,



pues aquello se erige en una barrera de entrada específica, no creada por el incumbente, pero existente en el mercado.

Lo expuesto, por supuesto, es un análisis del mercado aguas abajo, pero no puede soslayarse que es el poder de mercado aguas abajo el único analizado en la Resolución N° 1/2004, cuestión que permitió prever la posibilidad que la empresa fusionada traspasara tal poder al mercado aguas arriba.

Ahora bien, si a lo anterior se suma la circunstancia esgrimida por el demandante, en relación al poder específico que tiene la actora en relación al mercado de la publicidad, se concluye que, al contrario de lo referido por el TDLC, VTR sí tiene poder de mercado, al menos en un análisis preliminar, que se insiste no puede ser realizado en estos autos sin considerar todos los mercados involucrados.

En efecto, la alegación de la demandante, respecto de que el mercado tiene dos caras, toda vez que los ingresos de los proveedores de contenidos dependen de las ventas de programas a los cableoperadores, recibiendo como contraprestación un flujo de pagos por parte de aquél y además pagos por venta de avisaje a terceras empresas, no sólo es plausible, sino que evidente. En consecuencia, para determinar su poder de mercado, hay que analizarlo no sólo aguas abajo, sino que también aguas arriba, ámbito en que



es determinante el vínculo de VTR con el mercado de la publicidad.

En efecto, el poder de mercado de VTR en su negociación con los proveedores de contenido se ve determinada por la medición del rating que en su mayor medida es realizado en clientes de VTR. Según se expone en el Informe Econsult, la demandada en el año 2015 prestaba el servicio al 70% del sector ABC1 y al 64,8% del sector C3 con people meter, a los cuales apunta, principalmente, la publicidad, que dirige sus ingresos en relación a la medición del rating.

Tales cifras confirman la existencia de un poder de mercado aguas arriba, en relación a la adquisición de contenidos, toda vez que para los proveedores de contenido no es indiferente formar parte de la parrilla de este cable operador, por su posición privilegiada en la medición del rating de los sectores ABC1 y C2. Según se expone en el Informe F&K Consultores, la salida de la programación de los canales TVI, no significó una baja vinculada al porcentaje de participación de VTR, sino que fue muy superior, circunstancia que se explica por la sobre representación de VTR en la medición del rating, cuestión que es determinante al negociar con proveedores de contenido nacional, cuyos ingresos dependen de la publicidad, cuestión que, por el contrario, tiene un impacto menor en



relación a los proveedores de contenido internacional, que tiene datos de rating internacional.

Décimo noveno: Que, de lo hasta ahora dicho fluye, que es procedente realizar el análisis que fue omitido por el TDLC, vinculado a determinar si efectivamente VTR incumplió la Condición Quinta al terminar unilateralmente el contrato que mantenía vigente con TVI, que fuera suscrito el 4 de noviembre de 2013, toda vez que aquello equivale a una negativa de compra. Asimismo, se debe determinar si, como lo denuncia la actora, ofreció un precio por la transmisión de los canales de TVI que no se encuentra acorde a las condiciones de mercado, con todo lo cual se debe precisar, igualmente, si se disminuye la oferta programática, se impide la distribución de señales independientes.

En la interpretación que se realiza a continuación del contrato acordado por las partes será únicamente para efectos de resolver la acción planteada. Los contratos suscritos entre las partes desde el año 2007, excepto el del año 2013, tenían una duración de 24 meses. Interesa destacar que el último contrato vigente, suscrito el 4 de noviembre de 2013, tenía una duración de 60 meses, es decir, cinco años. El mismo tenía por objeto la distribución de cuatro canales de TVI: Zona Latina, Vía X, ARTV y Vía X HD.

En la cláusula 1.3 del referido contrato, TVI se obliga a mantener la calidad, variedad y atractivo del



contenido de los canales, en términos similares a los que a la fecha entregaba. Se agrega: *"En tal sentido, las partes elevan esta cláusula a la categoría de esencial y en consecuencia VTR podrá requerir que un organismo de reconocido prestigio, hasta dos veces, en un año calendario, la realización de estudios de rating, recordación de los canales y otros similares, con el fin de evaluar la calidad de éstos (...). Si las mediciones indican un deterioro, en su calidad VTR se reserva la facultad de poner término al contrato, previa notificación escrita a TVI, con un plazo de 90 (noventa) días de antelación a la fecha de término anticipado contados desde que VTR tome conocimiento de dicha medición. En forma previa al ejercicio de este derecho, VTR deberá informarle a TVI con 90 días de anticipación su disconformidad con el cambio y le compartirá también los resultados de los estudios realizados, a efectos que TVI pueda revertir dichos cambios"*.

Con independencia de la referida cláusula, en el acápite cuarto del contrato, referido a la vigencia y terminación del mismo, se incorpora la cláusula 4.1 que establece que el contrato tendrá vigencia entre el 1° de octubre de 2013 y el día 31 de septiembre del año 2018. Se añade a continuación: *"No obstante lo anterior, ambas partes podrán poner término al mismo contrato mediante aviso por carta certificada a la otra parte con 60 días de*



anticipación a la fecha de término anticipado Con todo, dentro de un plazo razonable previo a la terminación del contrato, las partes evaluarán la mutua conveniencia de mantener la vigencia de éste en los términos y condiciones que acuerden, Para esta evaluación se considerará, entre otros factores y sin que implique limitación de ninguna especie, el resultado de estudios de aceptación, análisis de mercado o cualquier otro método que razonablemente se pueda utilizar para determinar la calidad y aceptación de las Señales” (contenido literal).

El día 3 de diciembre de 2015, VTR envía una carta certificada a TVI poniendo término unilateral al contrato vigente, a contar desde el 4 de marzo de 2016, invocando la cláusula 4.1 transcrita precedentemente, sin ninguna otra consideración.

Desde la sola óptica contractual, resulta evidente que existe cierta antinomia entre las clausulas transcritas, al menos desde el punto de vista del ejercicio de la facultad por parte de VTR.

Desde el punto de vista de una interpretación contractual, conforme el principio de coherencia interna del contrato y armonía de las cláusulas, se puede precisar que el convenio regula a lo menos tres diferentes formas de concluirlo: a) conforme lo dispone el apartado 1.3, que eleva a cláusula esencial la calidad de los servicios, permitiendo que su deterioro posibilite a VTR comunicar a



TVI su reproche para que pueda revertirlo. Transcurrido 90 días sin que tal evaluación mute, VTR podrá poner término al contrato, comunicando este hecho con 90 días de anticipación; b) la cláusula 4.1 contempla, en primer lugar, el término ordinario, esto es, el 31 de septiembre del año 2018, para cuyo efecto se debía comunicar la voluntad de no renovar con 60 días de anticipación; c) la misma estipulación permite a cualquiera de las partes concluir la vinculación, imponiendo que, dentro de un plazo razonable, aquellas deberán revisar la mutua conveniencia de mantener la convención, conforme a los criterios expresados en el acuerdo, y si no se llega a un criterio común, cualquiera de ellas podía poner término al contrato con un aviso entregado con 60 días de anticipación.

Resulta evidente que las tres condiciones de término del contrato son diversas, toda vez que mientras en la cláusula 1.3 se exige, para poner término al contrato razones vinculadas al deterioro del contenido de los canales de TVI, contar con estudios previos que debían además ponerse en conocimiento de ésta; en la segunda cláusula, la existencia de estudios se prevé sólo como una facultad, estableciendo únicamente un periodo previo de negociación.

El referido conflicto de interpretación contractual, de carácter privado, fue sometido al conocimiento del Juez árbitro previsto en el contrato, quien estableció, que VTR



podía poner término al contrato sin invocar causal, quedando únicamente obligada a negociar la mutua conveniencia de mantener la relación contractual a partir del envío de la misiva, cuestión que en la especie la referida empresa cumplió.

Ahora bien, tal decisión también dio origen al presente conflicto, relacionado con la aplicación de normas de protección a la libre competencia, toda vez que VTR es una sociedad a la que le afectan una serie de condiciones para actuar en el mercado de la televisión por cable, que fueron impuestas a través de la Resolución N° 1/2004 que, como se analizó, se encuentra plenamente vigente. Es así que el presente conflicto debe analizarse en virtud de los principios que rigen el orden público económico, tal como se señaló en los fundamentos cuarto a noveno.

En esta labor, sin desconocer el efecto de cosa juzgada que emana de la sentencia arbitral, que establece que contractualmente se encontraba habilitada VTR para actuar como lo hizo, se debe analizar si, más allá del tenor literal de tal contrato, desde la perspectiva de la libre competencia, teniendo en consideración lo señalado en la Condición Quinta, aquello puede ser considerado un ilícito anticompetitivo en tanto implica un incumplimiento de la referida medida de mitigación.

Así, la primera aproximación determina que para cumplir con la Condición Quinta, se debían entregar razones



que justificaran el término anticipado, el que claramente puede significar una negativa de compra, pues incluso, de haber respetado el término pactado en el contrato y decidir VTR no renovarlo, igualmente debía entregar razones que hicieran plausible la decisión, por lo que tal exigencia es aún más trascendente si se termina anticipada y unilateralmente el referido contrato.

Tales obligaciones son exigibles a toda concesionaria del servicio, puesto que acepta cooperar en la labor que naturalmente corresponde al Estado, al cual se le exige que sus determinaciones se ajusten al mérito de los antecedentes, conforme a los hechos y circunstancias de la especie y que, al expresar su decisión, cualquiera sea ella, pero especialmente al afectar intereses de terceros, entreguen los fundamentos que la determinaron.

Pues bien, más allá que a juicio de esta Corte, la interpretación armónica de ambas causas implica que VTR, atendida la vigencia de la Condición Quinta, debía contar con estudios respecto del desempeño de los canales y poner éstos en conocimiento de TVI para que ésta se hiciera cargo de aquellos, lo cierto es, que incluso poniéndose en el sólo ámbito de la cláusula 4.1, resultaba necesario entregar razonamientos para poner fin a la relación contractual, debiendo el periodo de negociaciones que materializara la mutua conveniencia de mantener la transmisión de los canales preceder al envío de la misiva



que pone término, debiendo además en ésta exponerse detalladamente los fundamentos que determinan la negativa de compra sobreviviente, que impida calificarla de injustificada. Nada de esto ocurrió, sino que fue con posterioridad al envío de la carta, en la que no se entrega ninguna razón para terminar el contrato, que se inicia una serie de reuniones a las que VTR entrega el carácter de negociaciones para examinar la mutua conveniencia de mantener la relación comercial.

Prosiguiendo con el análisis, se debe precisar que en la serie de correos en los que se coordinan las reuniones entre los ejecutivos de ambas empresas, unido a la prueba testimonial rendida, se puede extraer que, tal como lo señala TVI, el primer argumento entregado estaba vinculado al bajo desempeño de los canales de TVI, en tanto eran canales de música y que el cambio en el gusto de los consumidores hacía que éstos fueran prescindibles. Luego, se refiere que la decisión se basa en el bajo desempeño vinculado al deterioro del rating que se venía evidenciando desde el año 2010. Es en este contexto que, VTR ofrece a la demandante seguir con la distribución de las señales ARTV y Vía X HD, con el mismo precio pactado a su respecto en el contrato vigente, aduciendo que el primero es una señal de nicho que le interesa mantener, mientras que el segundo, se vincula las señales HD que le interesa explotar. Al cuestionarse este último argumento por TVI, toda vez que



sus cifras demostraban que en términos generales en comparación a la parrilla programática, los canales tenían un buen desempeño de rating, VTR expresó que el rating que registra es por la ubicación de la señal, al lado de otras más vistas por los abonados, pero que para analizar el rating, se debían medir cinco minutos a lo menos, que constituye más que el paso de una señal a otra.

Vigésimo: Que, en la especie, la errática actuación de VTR permite establecer el incumplimiento de la Condición Quinta, toda vez que al no entregar razón alguna para terminar el contrato, utilizando una cláusula contractual sin atender a la integridad del contrato, soslayando lo establecido en la cláusula 1.3, es equiparable a una negativa injustificada de compra. Más aún, la serie de razonamientos que expuso a TVI en el periodo de reuniones, no se acreditó estuviera sustentado en estudios empíricos previos respecto del desempeño de los canales de TVI. Es así como, en estos autos ha quedado asentado que los canales de TVI no pertenecen exclusivamente al género musical y que su desempeño no es deficiente en comparación al resto de la parrilla programática de VTR.

Ahora bien, considera esta Corte, que incluso es improcedente analizar las razones que adujo VTR de forma extemporánea, toda vez que aquellas no quedaron plasmadas de manera formal e inequívoca en un documento que fuera entregado a TVI, que era lo exigible, de modo que, en



rigor, en el examen retrospectivo que se debe realizar para juzgar la conducta, se tiene que, en rigor, se desconoce la razón del término de la relación contractual, siendo verosímil aquello que fue esgrimido por TVI, en tanto se trató de razones que se fueron construyendo y entregando en el tiempo, en virtud de la negativa y ofensiva judicial de esta última.

Con la prevención precedente, se debe señalar que de los antecedentes que obran en el proceso, se puede descartar que el mal rendimiento, basado exclusivamente en términos de rating, permita sustentar la decisión de negar la compra vinculada al término unilateral del contrato por parte de VTR. En efecto, según se expone en el Informe de Econsult, el rating de los canales de TVI es superior al 75% de la parrilla programática de VTR y si bien, se reconoce una baja desde el año 2010, lo cierto es que aquello se debe a una baja sostenida de los canales transmitidos por la televisión pagada. Es la veracidad de tal premisa la que determinó que VTR señalara que el mal rendimiento no se vincula exclusivamente con las cifras de rating, minuto a minuto o share, sino que el mal desempeño se reflejaba en la incapacidad de retener al televidente, sosteniendo que las cifras de rating no son del todo efectivas, toda vez que se explicarían por la posición de los canales en su parrilla programática, a continuación de



las señales de televisión abierta, cambiando, una vez más, las razones que determinan el bajo desempeño.

Así, considera esta Corte que no es relevante adentrarse en los números relacionados con el rating de los canales de TVI como del resto de la parrilla programática de VTR para establecer si el desempeño de los canales se deterioró, como tampoco es procedente realizar un análisis costo/beneficio en términos de rating, que fue lo esgrimido por la demandada al contestar la demanda, quien adujo, en síntesis, que el rating de los canales de TVI es bajo en comparación al costo económico por su transmisión, puesto que aquello fue esgrimido de manera confusa, sin atenerse a formalidad alguna, cuestión que demuestra una voluntariedad del cable operador, que deja en evidencia su actuar abusivo. Demás está decir, que aquellas razones vinculadas a la intensa competencia en el mercado de la televisión pagada, los cambios en las exigencias de los consumidores, el alza continua de los costos de programación y la imposibilidad de evitar las ventas atadas que los grupos programadores le imponen, que sólo se esgrimen en el presente procedimiento, no pueden ser analizadas, en tanto, no se fundó en ellas la decisión de término unilateral o al menos no fue informado de esa forma a TVI, razón por la cual ésta, de modo alguno, tuvo la oportunidad de negociar en igualdad de condiciones en el periodo en que VTR aduce



se examinó la mutua conveniencia de mantener la relación comercial.

En el aspecto indicado precedentemente, se debe ser enfático en señalar que yerra la demandada al esgrimir que la Condición Quinta sólo impone la obligación de justificar de forma objetiva la negativa de compra, pero no que ellas se comuniquen de una determinada manera o con cierta formalidad, pues ello debe demostrarse en el juicio respectivo, toda vez que, tal razonamiento supone la existencia de un conflicto que, justamente, la imposición de la condición pretende evitar al establecer una conducta determinada exigible a la demandada. En consecuencia, resulta elemental que en una primera instancia, es al proveedor de contenidos a quién debe entregársele de forma ordenada, formal y detallada, fundada en estudios previos, las razones que determinan la negativa de compra, para descartar su arbitrariedad o el carácter injustificado.

Vigésimo primero: Que, prosiguiendo con el análisis, señaló el demandante, que VTR incurrió en el incumplimiento de la Condición Quinta, no sólo por la negativa de compra, sino porque además ofreció pagar por la transmisión de los canales un precio no acorde a las condiciones del mercado, en tanto estuvo de acuerdo con seguir transmitiendo VIA X y Zona Latina a "precio cero" y ARTV y VIA X HD conforme al precio pactado en el contrato.



Al respecto, se debe precisar que el ofrecimiento de "precio cero" por dos canales, es una circunstancia que no fue acreditada en el proceso. Sin embargo, si se probó que VTR ofreció mantener la transmisión de ARTV y VIA X HD, pagando el mismo precio pactado en el contrato vigente.

Pues bien, para efectos de determinar la seriedad de tal oferta es necesario consignar que en la cláusula tercera se estableció el precio del servicio señalando que VTR pagará a TVI, por las señales VIX SD y Zona Latina SD, un monto mensual ascendente al equivalente en pesos de UF 0,004660647 (equivalente a \$100 valor UF de 1 de enero de 2011) más IVA por cada cliente de VTR.

Por la señal ARTV SD, un precio mensual de UF 471 más IVA.

En tanto, por el canal Vía X HD, en el llamado "paquete HD", UF 1150 mensual más IVA.

Como se observa, los dos canales respecto de los cuales VTR se niega a seguir transmitiendo, son los únicos que tenían pactado un valor relacionado con el número de suscriptores. Conforme con la información de la Subtel, el número total de suscriptores ascendente a 1.021.962 en el año 2015 y 1.040.776 en el año 2016. En este contexto, es la demandada la que ha señalado que el costo anual por la transmisión de los cuatro canales es de \$2.000.000.000.-

Pues bien, considerando sólo tales datos surge que el costo total de los dos canales prescindibles para VTR es



muy inferior al costo fijo regulado en relación a los dos canales que pretendió mantener. Y, es aquí donde cobra relevancia la circunstancia de haber ofrecido o no un precio no acorde al mercado, toda vez que si bien en el contrato cada una de las señales tiene un valor independiente, resulta una obviedad que el valor total del contrato fue negociado como un todo. No corresponde acá establecer si existió o no una venta atada, sino que sólo cabe verificar que el costo del contrato se establece en virtud de la venta de la transmisión de los cuatro canales. Así, claramente, al pretender mantener el precio fijo establecido en el contrato respecto del canal ARTV y VIA X HD, no sólo no se negoció ni examinó la mutua conveniencia de mantener la relación comercial en términos serios, sino que se ofreció, injustificadamente, toda vez que no se señalan las razones por las que se considera apropiado mantener el precio, un valor que no se condice con las condiciones del mercado, pues basta leer el contrato para determinar que el valor del canal HD, está determinado por el plus de entregar el canal en alta definición, servicio premium por el cual VTR cobra a sus clientes una tarifa mayor, pero no contempla la producción misma del contenido básico del canal.

Vigésimo segundo: Que, constatado el incumplimiento de la Condición Quinta de la Resolución N° 1/2014,



correspondía a VTR acreditar que aquel no fue voluntario o negligente, esto es, que no fue doloso o culpable.

En efecto, más allá de la discusión respecto de si en la especie es aplicable el estándar que se ocupa para establecer la culpa infraccional, en tanto el sólo incumplimiento del patrón de conducta previamente definido por la autoridad, permite establecer la culpa, criterio que esta Corte comparte, puesto que la Resolución N° 1/2004 establece una serie de condiciones que fijan un parámetro de conducta exigible a VTR, que permite presumir la culpa, lo relevante es que, aún cuando se estime que es improcedente considerar tal presunción, igualmente, por aplicación de las normas que determinan el peso de la prueba, es a la demandada a quien le toca acreditar que el incumplimiento no fue culpable, toda vez que su defensa implica la negación de la culpa, cuestión que no acreditó.

Sin perjuicio de lo señalado, cabe referir que es el propio incumplimiento detectado por esta Corte el que evidencia la negligencia de VTR, toda vez que aquella, en el término de la relación contractual, actuó de manera errática, interpretando el contrato a su sola conveniencia, toda vez que esgrime la cláusula 4.1, en circunstancias que las razones por las que pretendió terminar el contrato se encontraban expresamente reguladas en la cláusula 1.3, que exigían la realización de estudios previos, su entrega a TVI y la oportunidad de ésta para revertir los resultados,



prefiriendo aquella que sólo contempla los estudios como una mera facultad. Ahora bien, lo relevante es que ni siquiera se atiende a la literalidad del contrato, pues termina unilateralmente sin razón alguna, pretende llevar a cabo la negociación de mutua conveniencia en un periodo posterior, en que de forma extemporánea, sin formalidad y constancia material alguna, esgrime una serie de razones que no se basaban en estudios concretos y que fueron mutando en el tiempo, dejando en evidencia una actuación que no se condice con el nivel de diligencia que le era exigible, en virtud de las especiales condiciones fijadas para su desenvolvimiento en relación a los agentes del mercado, en específico, de cara a los proveedores de contenido.

Asimismo, si bien dice estuvo abierto a la negociación respecto de la evaluación de la mutua conveniencia, lo cierto es que pretendió mantener la transmisión de dos canales, sin que se estudiaran cifras concretas que permitieran establecer la viabilidad de seguir con los valores vigentes, en atención a que aquellos, claramente, estaban pactados como un apéndice de las principales señales que eran prescindibles para VTR.

En este aspecto, se debe señalar que el actuar de VTR en los presentes autos, es juzgada desde la perspectiva de la libre competencia, en tanto es una empresa que tiene un estándar de conducta expresamente regulado en la Resolución



N° 1/2004, que se encuentra plenamente vigente, y que por lo tanto, en la ejecución de sus negociaciones, debe ser especialmente cuidadoso, máxime si éste es titular de la concesión de un servicio público de telecomunicaciones, debiendo, en consecuencia, velar no sólo por los particulares intereses económicos de la empresa, sino que, además, por el adecuado desarrollo del área concesionada, debiendo buscar equilibrios en relación al interés público que se encuentra comprometido, que indudablemente se relaciona también con la protección de los emprendimientos vinculados a la provisión de contenidos nacionales, que permita fomentar creaciones de contenido a nivel nacional.

Vigésimo tercero: Que, en las condiciones descritas, esta Corte considera que se debe acoger la demanda, pero no para los fines propuestos por el actor, en cuanto solicita se ordene la reconexión de las señales de televisión, sino que, atendida las especiales condiciones que se dieron en el periodo de negociación posterior al envío del aviso de termino unilateral sin fundamentaciones, resulta procedente ordenar el cese de la conducta anticompetitiva ordenando a VTR abrir un periodo de negociaciones con TVI para analizar, en términos serios, la factibilidad de continuar con la transmisión de las señales de TVI, debiendo entregar propuestas concretas, recibir contraofertas tras lo cual deberá informar a la actora, sustentado en estudios económicos y técnicos vinculados a las propuestas



barajadas, la decisión respecto de la continuidad del servicio, debiendo ambas llevar a cabo tales tratativas de buena fe, ajustando sus expectativas a la realidad del mercado de provisión de contenidos, dentro de un plazo máximo de 3 meses de notificada la sentencia. Desde luego se señala que al no ser parte los nuevos contratantes de las señales asignadas originalmente a TVI, deberá estudiarse integralmente este aspecto, sin desatender la posibilidad de asignar otras señales de mutua conveniencia.

En todo caso, en el evento de no prosperar las negociaciones, VTR deberá mantener los términos del convenio que unía a las partes por un periodo igual al que faltaba para el término normal de este contrato, computado desde la fecha de desconexión definitiva de los canales.

Lo anterior es sin perjuicio del derecho de VTR de requerir la modificación de la Resolución N° 1/2004 en el procedimiento no contencioso respectivo, cuestión que, en ningún caso afectará lo resuelto en estos autos.

Vigésimo cuarto: Que en las condiciones expuestas, resulta procedente no imponer a la demandada el pago de una multa, conforme lo dispone el artículo 26 del Decreto ley N° 211 y eximirla del pago de las costas de la causa, debiendo cada parte soportar las suyas.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 3 y 18 del Decreto Ley 211 de 1973, **se acoge** la reclamación deducida por la demandante en contra de la



sentencia de seis de abril de dos mil dieciocho, escrita a fojas 3219 y se decide que **se hace lugar a** la demanda interpuesta por Televisión Interactiva S.A. y Filmocentro Televisión S.A., declarando:

I.- Que la demandada VTR Comunicaciones SpA incurrió en una conducta anticompetitiva al incumplir la Condición Quinta de la Resolución N° 1, de 25 de noviembre del año 2004.

II.- Que se ordena a la recurrida iniciar el periodo de negociaciones con la actora, en los términos que fueron señalados en el considerando vigésimo tercero precedente, por un periodo máximo de tres meses, dentro del cual deberá comunicar a TVI las condiciones que motivan la decisión definitiva en torno a la transmisión de las señales Zona Latina, Vía x, ARTV y Vía X HD.

III.- Que, en el evento de no prosperar las negociaciones se dará aplicación al párrafo penúltimo del citado considerando.

IV.- Culminado el proceso de negociaciones, adoptada la decisión final, ésta deberá ser comunicada además al TDLC.

Se previene que el Ministro Carlos Aránguiz no comparte lo señalado en los párrafos primero y segundo del fundamento vigésimo segundo, toda vez que a su juicio, al estar contenida la Condición Quinta que se estima incumplida, en una sentencia de carácter jurisdiccional, no



se aplica el estándar de culpa infraccional, sino que, al constituir una hipótesis de culpa por omisión, corresponde al demandante acreditar todos los supuestos de la acción, entre los que se encuentra la culpa en el incumplimiento. Ahora bien, lo anterior no es óbice para dar por establecido el cumplimiento de tal requisito, pues comparte aquellos razonamientos expuestos en los párrafos siguientes del mencionado considerando.

Acordado con el **voto en contra** de la Ministra señora Sandoval, quien fue de la opinión de rechazar la reclamación deducida, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1) Que a juicio de quien sostiene este voto particular, en los presentes autos no es determinante la decisión que se adopte en relación a la existencia de poder de mercado, toda vez aún cuando se dé por asentado tal supuesto, sea por no haberse modificado la Resolución N° 1/2004, sea porque el análisis actual del mercado permita establecerlo, lo cierto es que la acción igualmente no podría prosperar.

2) Que, en efecto, la Condición Quinta prohíbe a VTR usar su poder de mercado para negar injustificadamente la compra al proveedor de contenido u ofrecer precios no acorde a las condiciones del mercado. Así, dos cuestiones son relevante para configurar el incumplimiento -sumado al poder de mercado- esto es, que se use por el incumbente tal



poder y que la negativa de compra u ofrecimiento de precio no competitivo, sea injustificada.

Es en este contexto que reviste la máxima trascendencia que la conducta censurada se vincule a la negativa de compra sin justificación, toda vez que si la demandada acredita que sí tuvo una justificación para adoptar la decisión de poner término anticipado y unilateral al contrato que lo unía con TVI, no se produce el incumplimiento que se le imputa.

3) Que, en este escenario, se debe señalar que existe una sentencia dictada por el Juez Arbitro, Tomás Walker, que establece que VTR utilizó la cláusula 4.1 del contrato suscrito entre las partes el 4 de noviembre de 2013, que le permitía poner término anticipado y unilateral al contrato, requiriendo sólo el envío de la comunicación con el lapso de anticipación de 60 días, obligándose únicamente a evaluar en conjunto la mutua conveniencia de mantener la relación comercial entre las partes, exigencias que fueron cumplidas por VTR. Tal decisión, está contenida en una sentencia firme que goza de autoridad de cosa juzgada, razón por la que no resulta procedente examinar si VTR podía esgrimir la referida cláusula contractual para terminar el contrato, como tampoco si cumplió las exigencias previstas, pues tal discusión ya fue zanjada.

4) Que, asentado lo anterior, del análisis de los antecedentes surge que con posterioridad al envío de la



misiva el 3 de diciembre de 2015, en que comunicó el término anticipado del contrato, VTR inicio en conjunto con la actora, una ronda de reuniones en que ambas partes examinaron la mutua conveniencia de mantener la relación comercial. Es en tal escenario que VTR ofreció mantener el contrato en relación a los Canales VIA X HD y ARTV, con el mismo valor pactado, prescindiendo de VIA X y Zona Latina. En el marco de tales conversaciones, en síntesis, se informó a TVI que la decisión se fundó en el deterioro sostenido de los canales en términos de rating, que no presentaban un atractivo que justificara su mantención.

Se explica, al contestar la demanda, que el término unilateral y anticipado obedeció a una decisión comercial, fundada en que el rating de los canales no justificaba el costo que se pagaba por aquellos. Es decir, eran señales caras en relación al rendimiento. Tal aseveración encuentra sustento en el informe económico acompañado por la demandada, emitido por Aldo González, en que se mide el rendimiento de los canales en relación a señales similares, midiendo el alcance, fidelidad, rating y retención, comparación que arroja que las señales del demandante son particularmente deficiente en fidelidad y retención, resultado que se mantiene al realizar la comparación global con la parrilla programática.

Además se examina la eficiencia de los canales en relación al punto de rating vinculado a su costo de las



señales, en comparación al rendimiento de canales que se pueden estimar son similares, demostrándose que las referidas señales son más caras que las internacionales.

Lo anterior, determina que la decisión adoptada por VTR, al contrario de lo sostenido por la actora, fue justificada, toda vez que si bien se puede establecer que el rating de los canales de TVI no es inferior a la media de la parrilla programática de VTR, es efectivo que los informes demuestran que aquello es por el efecto "zapping", toda vez que los programas eran incapaces de retener al televidente.

Especial relevancia tiene el análisis del rating versus costo, que determina que efectivamente sean razones de índole puramente económica vinculadas a la eficiencia del desempeño de los canales las que motivaron que aquellos fueran sustituidos, razón por la que no se puede sostener que se esté ante una decisión inmotivada y menos aún que ello obedeciera a la pretensión de la demandada de potenciar a los proveedores de contenido con quienes se encuentra integrada verticalmente.

Es más, se acreditó en autos que la referida integración vertical, en la actualidad, es muy inferior a la detectada al tiempo de imponer la Condición Quinta, toda vez que a la fecha del término unilateral la participación de la fusionada, a través de uno de sus socios -Liberty Global- se vinculaba a las empresas Liberty Media y Liberty



Interactive Corp, a través del accionista John Malone. Estas dos empresas tenían, una participación ínfima, cercana al 1%, en relación a dos proveedores de contenido, situación diametralmente distinta a la detectada a la fecha de la dictación de la referida medida de mitigación, en que la integración vertical se daba con 29 proveedores de contenido, con porcentajes que variaban ente un 10% a un 50%, incluso, en 5 casos, el porcentaje de participación societaria que determinaba la referida integración llegaba al 100%.

Así, el porcentaje que en la actualidad es cercano al 1%, que además es de participación indirecta, impide aseverar que la decisión de terminar con la exhibición de los canales de TVI obedeciera a una estrategia para favorecer a aquellas empresas.

5) Que, en este orden de ideas, no puede soslayarse que el examen que se realiza en esta sede se vincula con la libre competencia. Es decir, a través del análisis se debe verificar que quienes operen en el mercado lo hagan en condiciones tales que permitan la materialización del objetivo final que se vincula con la existencia de un mercado transparente que funcione sobre la base de la oferta y la demanda, sin intervenciones artificiales de los incumbentes, materializando así, en última instancia, el beneficio para los consumidores. Si bien, tal análisis obedece a fin vinculado al interés público comprometido,



aquello no implica exceder el ámbito de las competencias y pretender modular el mercado más allá de aquello que es exigible. Así, no resulta procedente analizar el contenido de las decisiones comerciales que adopten quienes operan en un mercado específico, si es que estas se han ajustado, como sucede en la especie, a la normativa que rige su actuar.

En efecto, al establecer que la decisión de VTR fue fundada, en tanto se analizó el rendimiento de los canales desde una perspectiva económica, no se puede tener por establecido el incumplimiento que fue denunciado, razón por la que la demanda no puede prosperar.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Muñoz, la pretensión de su autor y la disidencia, de su autora.

Rol N° 8313-2018.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., Sr. Arturo Prado P. y Sra. Ángela Vivanco M. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Aránguiz por estar en comisión de servicios. Santiago, 15 de mayo de 2019.





QYJNKNEZCR

En Santiago, a quince de mayo de dos mil diecinueve, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

