

INTERPONEN RECURSO DE RECLAMACIÓN

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

MARIO BRAVO RIVERA y **GABRIEL MATÍAS TRAFILAF ORTIZ**, abogados, en representación de TV Más SpA (en adelante “TV+”), en autos caratulados: “*Consulta de Exacta Digital Media Research SpA sobre el acuerdo de contratación conjunta de servicios de medición de audiencia y de censo de contenido televisivo*”, Rol NC N° 497-21, a ese H. Tribunal, con respeto, decimos:

Por este acto, de conformidad a lo establecido en los artículos 27 y 31 del Decreto Ley N° 211 (DL 211), venimos en deducir recurso de reclamación para ante la Excma. Corte Suprema, en contra de la resolución de término dictada por ese H. Tribunal, con fecha 29 de diciembre de 2022, notificada a nuestra representada con fecha 5 de enero de 2023, en la parte que resolvió no acoger el pago proporcional, de acuerdo a la participación de mercado del servicio, de medición de *rating* solicitado por esta parte, por la Fiscalía Nacional Económica y cuya modalidad de pago fue aceptada por los demás canales contratantes en la audiencia pública realizada el día 12 de julio de 2022.

Dicho recurso se funda en la necesidad de que la Excma. Corte Suprema enmiende conforme a derecho la resolución recurrida, puesto que ésta afecta la competencia en el mercado al no consagrar el pago proporcional, de acuerdo a la participación de

mercado del servicio, del sistema de medición de rating¹, cuestión que perjudica a los pequeños competidores y a posibles entrantes en el mercado del avisaje publicitario a través de la televisión.

I. El asunto no contencioso de autos.

1. Como consta en el expediente, con fecha 17 de mayo de 2021, la compañía por Exacta Digital Media Research SpA (en adelante “Exacta”) solicitó, a través de una consulta, que el H. Tribunal *resuelva si el acuerdo horizontal consistente en la contratación conjunta de servicios de medición de audiencia y de censo de contenido televisivo que proyectan realizar seis canales de televisión abierta y cinco agencias de medios (“el Acuerdo”), así como el procedimiento que se está implementando para seleccionar al proveedor de tales servicios (“el Concurso”), podrían infringir la libre competencia y, en su caso, ordene que se adopten las medidas que estime pertinentes para mitigar los riesgos anticompetitivos que se identifiquen en el proceso*².
2. Como elemento inicial, es importante despejar que lo aseverado por Exacta no es efectivo. En primer lugar, **no hay agencias de medios que formen parte del proceso** en cuestión, sino solo concesionarios de televisión abierta (TVN, Canal 13, Chilevisión, Mega, La Red y TV+). En segundo término, porque en relación con el supuesto “acuerdo horizontal de contratación” al que hace alusión la consultante, tal como hemos señalado de forma precedente, en la actualidad y ya desde mucho tiempo atrás la contratación

¹ Es importante señalar que la medición de rating es un insumo esencial para TV+, en el sentido de que es un elemento que permite medir la audiencia y, como consecuencia, la venta de publicidad, que, en definitiva es el mayor ingreso para TV+.

² Página 1 de la presentación de Exacta.

por concesionarias de televisión abierta del servicio de medición de audiencias o *rating* es una realidad, y no existe o al menos desconocemos que efectivamente exista, la posibilidad de contratar un servicio alternativo de medición de *rating* en nuestro país, por lo que en forma consecuente estamos frente a la continuación de un servicio ya contratado³, y como hemos señalado, un insumo esencial para la existencia de nuestra representada.

3. Exacta es una compañía que provee los servicios de medición de audiencias de video multiplataforma. La misión, según Exacta es: “entregar información consistente y segura para la correcta toma de decisiones. Nuestro objetivo es estar a la vanguardia en la investigación y desarrollo de nuevas tecnologías, y aportar valiosa inteligencia de mercado para nuestros clientes.”⁴
4. La consultante propuso ciertas medidas que mitigarían los riesgos anticompetitivos relacionados al concurso, estas son:

En particular, para el caso de que el H. Tribunal considere lícito el Acuerdo bajo las actuales condiciones de mercado, EXACTA propone al H. Tribunal las siguientes medidas que mitigarían los riesgos anticompetitivos en lo concerniente al Concurso: (i) que se elimine la compartición de ingresos como un factor que incide en la evaluación de la propuesta económica; (ii) que las Bases Técnicas establezcan con claridad cuáles son los factores de adjudicación, asignándose un puntaje para cada uno de ellos; (iii) que el proceso establezca etapas claras, en igualdad de condiciones para todos los oferentes, sin que las propuestas puedan ser modificadas durante el desarrollo del Concurso; y, (iv) que la empresa adjudicataria, en tanto sea la única que provea los servicios de medición de *rating* televisivo, ofrezca los servicios a todo tipo de clientes bajo criterios generales, objetivos y no discriminatorios.

³ Corresponde al mismo servicio mejorado, con un nuevo proveedor que optimice la precisión de la muestra.

⁴ Véase en <https://www.exactaresearch.com/#acerca>

5. Pues bien H. Tribunal, al respecto TV+ debe señalar que la compartición de ingresos no aplica en el concurso y en relación al punto (iv), TV+ sostiene que está de acuerdo con la consultante, sin embargo, como es conocido la empresa adjudicataria usará la información obtenida de la medición de audiencia para obtener réditos con su venta a los diferentes actores de la industria -como empresas que deseen publicidad-, por lo que debe existir un criterio general de determinación de precio.

6. Pero, otro punto no señalado por la consultante, tiene relación con quiénes se harán cargo del precio de la implementación y mantener el sistema, este precio es pagado en su totalidad por los canales contratantes en partes iguales por los canales contratantes, una situación desproporcionada para canales del tamaño de TV+, es por eso que nuestra representada afirmó que el precio del servicio debe ser proporcional a sus ventas o presencia en el mercado, tal como ocurre con otros insumos esenciales para operar en el mercado, como por ejemplo en la Sociedad Chilena de autores e intérpretes musicales (SCD), Chileactores y por lado como ocurre en Anatel.

II. La resolución reclamada.

7. En este capítulo nos haremos cargo de lo resuelto por el H. Tribunal en su resolución de término, donde valoramos que se haya señalado que un único proveedor es el sistema más eficiente para presentar el servicio de medición de *rating*. Puesto que entrega una certeza a todo el mercado, cuestión muy valiosa para nuestra representada.

8. Es del caso señalar que, la resolución reclamada, en su parte resolutive, el H. Tribunal dispuso lo siguiente con respectivas medidas, a saber:

“Declarar que la contratación conjunta de servicios de medición de audiencia y de censo de contenido televisivo, que acordaron los canales de televisión abierta, Megamedia S.A., Canal 13 SpA, Televisión Nacional de Chile, Compañía Chilena de Televisión S.A., TV Más SpA y Red de Televisión Chilevisión S.A., y el procedimiento para seleccionar al proveedor de tales servicios, se ajustan al Decreto Ley N° 211, bajo la condición de que cumplan con las siguientes medidas:

1) La persona o entidad que se adjudique el servicio de medición de audiencia y de censo de contenido televisivo materia de la Consulta, en tanto sea la única

que preste los servicios, deberá ofrecerlos a todo tipo de clientes bajo criterios generales, objetivos y no discriminatorios;

2) La modalidad de compartición de ingresos no podrá estar incluida en los contratos que firme el proveedor de medición de audiencias seleccionado con los canales de televisión abierta;

3) Los Canales Contratantes deberán dar estricto cumplimiento al protocolo de libre competencia relacionado con la ejecución del contrato y sus anexos (folio 339); y como medida adicional, deberán incorporar al mismo un oficial de cumplimiento, encargado de velar por el respeto de la normativa de libre competencia, incluyendo la revisión continua y aplicación de las reglas y procedimientos de dicho protocolo. Este oficial deberá ser un experto en materias de libre competencia, independiente de los Canales Contratantes, esto

es, no haber prestado servicio alguno a dichas entidades durante los tres años anteriores a la designación, y desempeñarse a tiempo completo en el cargo. Su primer período de nombramiento será de al menos un año, contado desde la entrada en vigor del contrato de medición de audiencia objeto del Proceso; y

4) Los contratos que firmen los canales de televisión abierta con el proveedor de medición de audiencias seleccionado no podrán incluir una cláusula o “cuota de nuevo cliente”, ni cualquier otro mecanismo similar que implique un mayor costo en el futuro para quienes contraten los mismos servicios.”

9. Si bien compartimos la eliminación de toda cláusula o cuota de nuevo cliente en los contratos, nos llama profundamente la atención que no se eliminó, en la parte resolutive de la resolución, el pago igualitario del servicio de medición de audiencia.
10. Ahora bien, es necesario destacar el punto D.3. de la resolución, el cual se refiere a los “Riesgos unilaterales exclusorios”. Ese es el punto determinante para nuestra representada, puesto que soslaya antecedentes relevantes, aportados por la FNE y por nuestra representada que permiten concluir que el pago igualitario sí afecta a canales como TV+.
11. En particular, el H. Tribunal señala, en el punto 62, lo siguiente:

“62. Por su parte, respecto del financiamiento de los servicios en partes iguales, en la audiencia pública celebrada, TVN, Canal 13, Megamedia y Chilevisión, a pesar de no concordar con los argumentos de la Consultante, la FNE, TV+ y La Red, manifestaron estar abiertos a la opción de que se realice

un pago diferenciado, al menos por el servicio básico overnight o nivel 1, como lo propuso Chilevisión. Sin embargo, no se han aportado antecedentes más concretos en autos al respecto.”

12. Pero, el punto crucial de la resolución reclamada para nuestra representada es el que señala:

“63. En consideración de que, a pesar de que el pago igualitario tiene un mayor impacto que el proporcional para canales pequeños, los antecedentes de autos indican que el costo del servicio overnight constituye un porcentaje relativamente pequeño de los ingresos incluso respecto de los canales pequeños. Por otra parte, no se cuenta con antecedentes adicionales que indiquen que dicho pago igualitario constituya un factor que afecte de forma relevante la competitividad de los canales más pequeños.”

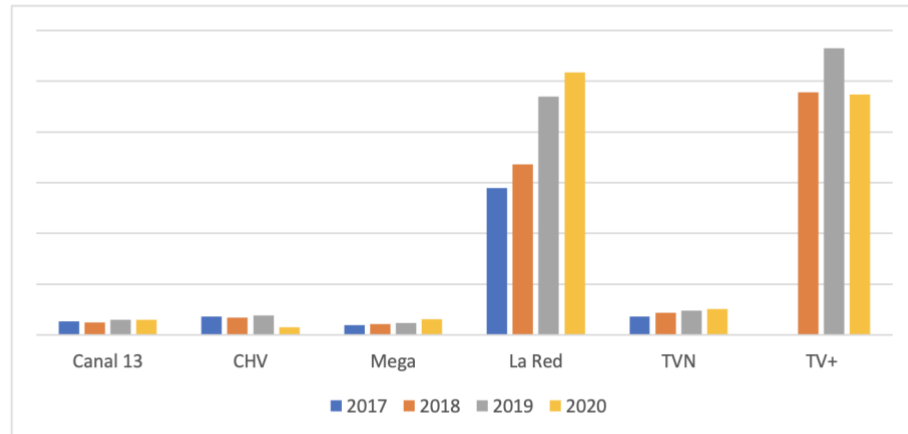
13. Acá es donde debemos detenernos y señalar que, esta parte sí acompañó antecedentes que logran determinar la merma económica en las ganancias que significa el pago igualitario para TV+. Tanto es así, que la misma FNE sostuvo que nuestra representada no pudo contratar el servicio *overnight* en el año 2017, ya que era imposible. Posteriormente, nuestra representada pudo contratar el servicio de medición, luego de hacer un gran esfuerzo económico para dicha contratación, debido a que el sistema de medición de audiencia -tal como lo hemos señalado a lo largo de todo este procedimiento- es un insumo esencial para nuestra representada, sin el cual es imposible competir en el mercado de avisaje, que resulta ser la principal fuente de ingresos del canal.

14. Tanto es así que, UCV TV -antecesora legal de TV+-, entre los años 1992 a 2005, no pudo contar con el sistema de medición de audiencia, lo que repercutió en una época de falta de competitividad en el mercado de avisaje. Ahora, solo en el año 2006, después de hacer un esfuerzo titánico, pudo acceder al sistema de medición de audiencia, tal como lo señalamos durante este proceso.

15. Así, el H. Tribunal yerra en su resolución al soslayar la información de nuestra representada que está contenida en el aporte de antecedentes de la FNE, documento titulado “Archivo PDF denominado “FNE ORD 925 TV+ informe firmado_VP.pdf”, enviado a esta Fiscalía por TV Más SpA., con fecha 7 de julio de 2021, en respuesta al Oficio Ord. N° 925, de 18 de junio de 2021”. De la referida documentación, es evidente lo relevante que significa el pago igualitario para nuestra representada. Aún más, esos antecedentes fueron fundamentales para la elaboración, por parte de la FNE, de tablas que fundamentan el efecto anticompetitivo que tiene el pago igualitario para canales pequeños.

16. A mayor abundamiento, el H. Tribunal no ponderó la página 40, en su numeral 123, del aporte de antecedentes de la FNE que señala lo siguiente:

**Gráfico N° 6: Costo servicio *overnight* respecto de ingresos canales TV abierta, %
[2017-2020]
(Versión pública¹³⁷)**



Fuente: Elaboración propia, en base a las respuestas de TV+, La Red, CHV, Mega, Canal 13, TVN y Kantar Chile a los Oficios Ord. N° 925-21, 926-21, 927-21, 934-21, 935-21, 938-21 y 1140-21 FNE.

Nota: Valores del eje vertical omitidos para resguardar la confidencialidad

*“123. Tal como se observa en el gráfico anterior, el costo del servicio *overnight* representa un porcentaje muy menor de los ingresos de los cuatro canales más grandes de televisión abierta, mientras que para La Red y TV+, canales relativamente pequeños respecto a los otros, esta relación se incrementa significativamente. Esto muestra que la regla del pago igualitario tiene un mayor impacto en los canales pequeños, **tanto así que en el año 2017, TV+ no contrató el servicio online, a pesar de la importancia que tiene el rating para el avisaje publicitario.**” (el destacado es nuestro)*

17. En efecto, del gráfico se logra apreciar lo relevante que resulta el pago del servicio de medición de *rating* para nuestra representada. Es más, el H. Tribunal pudo apreciar dicha información acompañada de carácter íntegra, ya que, a pesar de acompañarse en una versión pública, se logra captar lo

relevante que resulta el pago del servicio para canales pequeños, con mayor razón el H. Tribunal pudo constatar lo que significa el pago de la medición de *rating* para TV+, puesto que logró acceder a toda la información proporcionada por le FNE.

18. Así las cosas, no es posible concluir que no existen antecedentes para determinar que el costo de servicio *overnight* “constituye un porcentaje relativamente pequeño de los ingresos incluso respecto de los canales pequeños”, puesto que la única forma de concluir lo anterior, es haber soslayado los antecedentes confidenciales acompañada por la FNE y que el H. Tribunal tiene toda la potestad de analizarlos, conforme a la ley.
19. En efecto, para nuestra representada el costo del pago del servicio de medición de audiencia, al año 2021 ,se puede apreciar en el siguiente gráfico:

TV+ en millones de pesos						
	2017	2018	2019	2020	2021	
Ingresos anuales	\$ 1.843.830	\$ 4.069.472	\$ 3.521.641	\$ 4.462.207	\$ 5.549.515	
Utilidad Antes de Impuesto	\$ 331.835	\$ 255.028	\$ -271.333	\$ 259.875	\$ 664.922	
Utilidad Después de Impuesto	\$ 255.347	\$ 178.115	\$ -182.062	\$ 149.451	\$ 473.716	
Gasto Kantar	\$ 96.455	\$ 194.510	\$ 199.035	\$ 204.417	\$ 210.550	
% de los ingresos	5,23%	4,78%	5,65%	4,58%	3,79%	
% de la utilidad	29,07%	76,27%	-73,35%	78,66%	31,67%	

20. El gráfico anterior, fue elaborado con los datos enviados a la FNE, en el marco del expediente de investigación Rol N° 2663-21 FNE, antecedentes que se acompañaron a este procedimiento no contencioso por la FNE.
21. A mayor abundamiento, en la resolución reclamada constan dos votos de prevención, que estuvieron por incluir que el pago del servicio de medición de rating, que permite competir en el mercado, sea pagado de forma proporcional a sus niveles de audiencia, esto es, igual a la participación de mercado, teniendo con consideración las ventas en el mercado de avisaje, tal cual lo ha sostenido esta parte a lo largo de todo este procedimiento no contencioso.
22. En particular, destacamos los siguientes puntos de los votos de prevención:

“11. Los antecedentes dan cuenta que el acuerdo de colaboración contempla un mecanismo de distribución del pago de los servicios por parte de los Canales Contratantes a la empresa que se adjudique el concurso, en partes iguales y que ello incide en mayor medida en los costos de los canales que tienen menores ingresos totales o menor tamaño relativo en el mercado. Esta asimetría es significativa según se puede observar en relación con el servicio overnight, en el período 2017 a 2020, y se podría exacerbar cuando se trata de competidores potenciales que sean más pequeños (véase Aporte de antecedentes FNE, folio 60, p. 40, gráfico N°6).

12. Así, esta regla produce un impacto negativo en los canales pequeños que, según señala la FNE, no han contratado el servicio overnight en forma permanente (Aporte de antecedentes FNE, folio 60, p. 26); “[...] tanto así, que

en el año 2017, TV+ no contrató el servicio online, a pesar de la importancia que tiene el rating para el avisaje publicitario” (Aporte de antecedentes FNE, folio 60, p. 41).

13. Atendido que este servicio –que supone un estándar de medición común– es un insumo estratégico para competir en el mercado de televisión abierta, que no existen sustitutos cercanos y que el pago en partes iguales carece de una justificación económica razonable, este puede devenir en una barrera a la expansión para los canales pequeños que participan del acuerdo de colaboración o una barrera a la entrada estratégica en perjuicio de canales de televisión abierta que requieran estos servicios en el futuro. En este punto se concuerda con la FNE en que se genera un riesgo exclusorio (Aporte de antecedentes FNE, folio 60, p. 54).

14. Por las razones antedichas, y sin perjuicio de que como señala el voto de mayoría, algunos canales “manifestaron estar abiertos a la opción de que se realice un pago diferenciado, o al menos por el servicio básico overnight o nivel 1, como lo propuso Chilevisión” (c. 62), estas Ministras estuvieron por exigir que todos los servicios de medición de audiencia y censo televisivo que Kantar provea, se paguen por los Canales Contratantes y por los nuevos canales que demanden el servicio a prorrata de sus niveles de audiencia (como plantea en su Aporte de antecedentes La Red, folio 83, p. 23).”

23. Habida consideración, no podemos sino estar en total y absoluto de acuerdo con lo señalado en el voto de prevención, en relación al sistema del pago de servicio de medición de *rating*. Pues, como lo hemos señalado a lo largo de este procedimiento no contencioso, el pago igualitario resulta nocivo para

nuestra representada y posibles entrantes, debido a que son una gran cantidad de recursos que son destinados para este pago, los cuales podrían ser destinados a ser mas competitivos en el mercado.

III. Nuevos antecedentes.

24. A este respecto, es dable dar cuenta de una nota de prensa, de fecha 13 de enero de 2023, en la cual consta que el Gobierno, por trato directo, contrató el servicio de medición de audiencia a Kantar por el monto de \$75.000.0000 de pesos, por 12 meses. A saber:

“A petición de la Secom, de la Segegob, considera rating y ‘minuto a minuto’.

Por \$75 millones (UF 2.142), el Ejecutivo contrató el ‘servicio de seguimiento y medición de audiencias televisivas para el Ministerio Secretaría General de Gobierno’ (Segegob), desde el 1 de enero de 2023 por 12 meses, según se lee en la resolución exenta disponible en la web de Mercado Público, desde el martes.

El servicio lo presta Kantar Ipbope Media Chile SpA, mediante trato directo, el que procede al ser esa la única empresa proveedora. El ‘objetivo general’ de la contratación establece que ‘la División Secretaría de Comunicaciones (en adelante e indistintamente Secom) del Ministerio Secretaría General de Gobierno (en adelante e indistintamente el ministerio), coordina, informa, asesora y planifica las comunicaciones del Gobierno. Para ello requiere de servicios y herramientas intelectuales y tecnológicas, uno de esos servicios es de rating. Este permite evaluar el alcance, llegada, distribución de audiencia de: una nota de noticiero, una entrevista de autoridad, reportaje, programas completos, entre otros. Con esto, por ejemplo, se puede evaluar la planificación

desde las comunicaciones para las pautas de autoridades, planificar entrevistas o intervenciones en TV, conocer la composición de las audiencias determinadas de un segmento televisivo y evaluar si el mensaje entregado por el Ejecutivo corresponde a los receptores planificados, entre otros’.

Y como ‘objetivo específico’ plantea que ‘el Ministerio Secretaría General de Gobierno, requiere la contratación de un servicio que permita el seguimiento de noticias y cobertura de medios de comunicación, mediante la medición de audiencias televisivas, para la Unidad de Análisis de Medios, a través del software de análisis de audiencias INSTAR, o aquel que lo reemplace; así como el servicio de seguimiento de ranking online en aplicación móvil, que permite la visualización en tiempo real del ranking de los diferentes canales nacionales de TV abierta’.

Por el monto de UF 2.142, pagaderos en 12 cuotas, se recibirá el servicio de ‘aplicación móvil que permite visualizar datos de rating y share minuto a minuto, en tiempo real, de los canales de televisión abierta chilenos’, así como el ‘seguimiento de la audiencia minuto a minuto en tiempo real’, entre otros varios requerimientos.”

25. Lo anterior, demuestra la desigualdad del trato a TV+, pues por una tercera parte que paga nuestra representada, el Gobierno Chileno recibe más servicio por un ínfimo monto, pues el Gobierno recibe el servicio de “*el servicio de ‘aplicación móvil que permite visualizar datos de rating y share minuto a minuto, en tiempo real, de los canales de televisión abierta chilenos’, así como el*

'seguimiento de la audiencia minuto a minuto en tiempo real', entre otros varios requerimientos".

26. En consideración de lo anterior, cabe preguntarse ¿Por qué un competidor, el cual necesita la medición de audiencia como insumo esencial, no puede acceder el precio pagado por el Gobierno de Chile? ¿Por qué el año 2021 pagó prácticamente el triple del precio y recibió menos servicios por parte de Kantar? ¿TV+ esta subsidiando a otros clientes de Kantar?
27. Así lo demuestra el siguiente gráfico⁵ que demuestra la gran desproporción arbitraria

UF Cierre 2022	35.110,98	35.110,98	
	TV+	Secom, Segegob	
	2022		
			Proporción
Gasto Kantar \$	\$222.088.000	\$ 75.000.000	2,96
Gasto Kantar UF	6.325	2.142	2,95

28. En consecuencia, estas interrogantes resultan relevantes; y es absolutamente procedente analizar de qué manera se tratará la información de TV+ por parte de la compañía Kantar, y cómo negocia en base a información de los canales de televisión abierta.

⁵ Gráfico de elaboración propia, con gastos de TV+ y Gobierno de Chile.

POR TANTO,

Al H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Se sirva tener por interpuesto, para ante la Excm. Corte Suprema, el presente recurso de reclamación, ordenando elevar los autos con el fin que la Excm. Corte Suprema enmiende conforme a Derecho la resolución de término reclamada, de fecha 29 de diciembre de 2022, y que disponga acoger la solicitud de pago del servicio de medición de audiencia en forma proporcional a la participación de mercado, esto es, considerando sus niveles de audiencia o sus ventas en el mercado de avisaje, que son parámetros equivalentes para esta parte.