Recurso de Reclamación

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Andrés Fuchs Nissim y **Nader Mufdi Guerra**, abogados, en representación de **Compañía Chilena de Televisión S.A.** ("La Red"), en la causa no contenciosa, **Rol NC-497-2021**, caratulada "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", al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("H. Tribunal" o "H. TDLC") respetuosamente decimos:

Por este acto, interponemos recurso de reclamación en contra de la Resolución N° 76/2022 del H. Tribunal, de fecha 29 de diciembre de 2022 ("Resolución" o "Resolución N° 76/2022"), notificada a esta parte con fecha 3 de enero de 2023, solicitando al H. Tribunal tener por interpuesto el presente recurso y concederlo para ante la Excma. Corte Suprema, con el objeto de que dicho Tribunal Superior, conociendo del mismo, establezca como condición adicional para que la contratación conjunta de servicios de medición de audiencia y de censo televisiva acordada por los canales de televisión abierta se ajuste al Decreto Ley N° 211 la exigencia de que todos los servicios de medición de audiencia y censo televisivo se paguen por los canales contratantes y por los nuevos canales que demanden el servicio a prorrata de sus niveles de audiencia, tal como fue considerado por las Ministras Sras. Gorab y Domper en su voto de minoría; y tal como fue comprometido por todos los demás canales contratantes.

En relación con esta condición que se solicita incorporar para que el acto consultado se ajuste al Decreto Ley N° 211, cabe señalar, en primer término, que, en estricto rigor, no es siquiera necesario que la misma sea impuesta por la Excma. Corte Suprema para que el contrato que se celebre con Kantar (o con quien, en definitiva, sea el proveedor de servicios contratados) considere que el pago que se debe hacer por los servicios por parte de los canales contratantes sea a prorrata de los niveles de audiencia de los canales.

Lo anterior, porque esta medida, además de haber sido considerada como necesaria por la Fiscalía, fue pedida por nuestra representada y por TV Más SpA ("TV+") en su aporte de antecedentes; y luego fue comprometida por todos los restantes canales contratantes. En efecto, según se indicará en esta presentación, Televisión Nacional de Chile ("TVN"), Megamedia S.A. ("Mega" o "Megamedia"), Red de Televisión Chilevisión S.A. ("Chilevisión" o "CHV") y Canal 13 SpA ("Canal 13" y todos en conjunto los "Canales Contratantes") manifestaron su disposición a incorporar esta medida, al menos en lo que dice

relación con la contratación del servicio básico *overnight*, o también conocido como Nivel 1.

I. Resumen Ejecutivo

1. Exacta Digital Media Research SpA ("Exacta") consultó al H. Tribunal "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"[1].

2. En el marco de este procedimiento, se ha evidenciado que los distintos intervinientes presentaron distintas visiones acerca de los riesgos que implicaría para la libre competencia el acuerdo de contratación conjunta de servicios de medición de audiencia y de censo de contenido.

3. Por un lado, los canales que por separado cuentan con mayores niveles de participación de mercado, es decir, TVN, Mega, Chilevisión y Canal 13, han sostenido que el hecho consultado no revestiría riesgos para la libre competencia. Frente a ese planteamiento, los canales de televisión de menores ingresos, como lo son TV+ y La Red, además de la Fiscalía han hecho presente, y aportado antecedentes concretos, sobre los distintos riesgos que se derivan de la contratación conjunta de servicios de medición de audiencia y de censo de contenido.

4. Sin perjuicio de las distintas posiciones iniciales sostenidas por los Canales Contratantes, lo cierto es que durante la tramitación del procedimiento se acordó la implementación preventiva de distintas medidas a fin de evitar la materialización de los distintos riesgos, circunstancia que fue tenida a la vista por el H. Tribunal al dictar la Resolución Nº 76/2022, en la que se establecieron condiciones para el hecho objeto de la consulta.

5. En efecto, gran parte de las medidas adoptadas por los Canales Contratantes fueron incorporadas por el H. Tribunal como condiciones en la Resolución N° 76/2022. Sin embargo, dicha resolución no exigió que, para que el acto consultado se ajustara al Decreto

[1] Consulta Exacta, p. 1.

Ley N° 211, la forma de pagar los servicios de medición de audiencia y de censo televisivo tuviera que ser a prorrata de los niveles de audiencia de los canales que lo contrataran.

6. Por lo mismo, y aun cuando existe un compromiso de los Canales Contratantes en orden a que, al menos, el servicio básico *overnight* o Nivel 1 sí se pague de forma proporcional, La Red igualmente considera que dicho compromiso debe ser incorporado como condición del acto consultado, tal como lo dispone el voto de minoría de las Ministras Sras. Gorab y Domper.

7. En este contexto, a lo largo de esta presentación, se demostrará que la exigencia de que todos los servicios de medición de audiencia y censo televisivo que Kantar (o quien, en definitiva, sea el proveedor de servicios contratados), se paguen por los canales contratantes y por los nuevos canales que demanden el servicio a prorrata de sus niveles de audiencia, se justifica no solo en la evidente incidencia que tiene el pago idéntico en las condiciones de competencia en los Canales Contratantes, sino también en el hecho que:

a. Los Canales Contratantes ya se comprometieron a incorporar una regla que reconozca el pago de los servicios de forma proporcional, al menos respecto del servicio básico *overnight* o Nivel 1.

b. El costo de contratar los servicios de medición de audiencia y censo televisivo equivale a un porcentaje relevante de los ingresos de los canales de menores audiencias, como La Red, por lo que afecta de forma relevante su competitividad en el mercado;

c. Establecer pagos en proporción a los niveles de audiencia constituye una forma recurrente de distribuir costos en esta industria y ello es aplicable, incluso, respecto de la forma de distribuir el pago de los servicios de medición de audiencias.

****

8. Para justificar lo anterior, en lo sucesivo, se seguirá la siguiente estructura:

ÍNDICE

I. Antecedentes 4

A. De la consulta de Exacta..... 4

B. La posición sostenida por La Red y los demás intervinientes en este procedimiento. 6

C. Medidas de mitigación 9

D. Resolución N° 76/2022 del H. Tribunal 11

II. La Excma. Corte Suprema debe incorporar como condición para que el acto consultado se ajuste al Decreto Ley N° 211, el que el pago de los servicios de medición de audiencia y censo televisivo debe realizarse a prorrata de los niveles de audiencia de los Canales Contratantes y no en partes iguales 12

A. Antecedente: el rating es un insumo esencial para participar en la industria televisiva, el cual -dada la regla establecida hasta ahora, en orden a que se debe pagar en partes iguales entre los contratantes- ha debido ser soportado de forma desigual por los Canales Contratantes, lo que ha entorpecido la entrada de nuevos competidores y ha afectado la capacidad de expandirse los incumbentes de menores audiencias 13

B. Primer argumento: El pago proporcional fue comprometido por los Canales Contratantes 18

a. Borrador de contrato enviado con anterioridad a la audiencia pública celebrada ante el H. Tribunal 19

b. Reconocimientos en audiencia frente al H. Tribunal 20

c. Avances que tuvieron lugar con posterioridad a la audiencia pública 22

C. Segundo argumento: El costo de contratar los servicios de medición de audiencia y censo televisivo equivale a un porcentaje relevante de los ingresos de los canales de menor envergadura, como La Red, por lo que afecta de forma relevante su competitividad en el mercado 23

D. Tercer argumento: El pago proporcional es un elemento común en la industria tanto a nivel nacional para repartir pagos en general, como a nivel internacional para pagar el servicio de rating 28

E. Cuarto argumento: El voto de minoría recoge de manera precisa todos estos argumentos, sin que exista ningún argumento en el voto de mayoría que se haga cargo de ellos 30

I. Antecedentes

A. De la consulta de Exacta

1. Exacta sometió a consulta del H. Tribunal “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. En este contexto, Exacta observó que "si bien la contratación conjunta de servicios de medición televisiva por parte de canales de televisión, presumiblemente, es un acuerdo horizontal que permite alcanzar eficiencias, también puede generar riesgos a la competencia"[3], lo que, en su opinión, deben ser analizados preventivamente en esta sede.

3. En línea con lo anterior, la Consultante hizo presente que "el poder de mercado que alcanzan los Canales Contratantes al actuar coordinadamente les exige adoptar ciertos resguardos en cuanto a la forma de asignar a la empresa que prestará los servicios de medición de audiencia, toda vez que: (i) dicha empresa, como es esperable, será la única que prestará los servicios en el país durante el plazo de vigencia del contrato (cinco años); (ii) los servicios de medición de audiencia televisiva constituyen un insumo esencial en una serie de mercados relevantes conexos; (iii) un diseño defectuoso del Concurso podría generar el peligro de que éste no sea asignado a la empresa más eficiente, lo que tiene la aptitud de afectar, de modo general el desarrollo de la industria de los medios de comunicación masivos y de reducir el bienestar social; y, (iv) dado que los Canales Contratantes y las Cinco Agencias no son los únicos agentes económicos que requieren el servicio de medición de audiencia, la contratación conjunta podría generar riesgos exclusorios en lo concerniente a un insumo esencial"[4].

4. Más adelante en la consulta, y a partir de las consideraciones antes referidas, Exacta planteó que el acuerdo de contratación conjunta de servicios de medición de audiencia y de censo televisivo entrañaría como riesgos para la libre competencia, los siguientes:

a. Riesgos exclusorios derivados de la ausencia de reglas que aseguren condiciones mínimas de rivalidad, lo que se vincularía al criterio de compartición de ingresos, que, a su juicio, podría beneficiar anticompetitivamente al incumbente, "pues es el único que conoce el volumen de venta de servicios a terceros distintos a los licitantes, lo que le otorgaría ventajas para formular su oferta. Además, la compartición de ingresos generalmente no es un factor de licitación que maximice el bienestar social"[5].

[2] Consulta Exacta, p. 1.
[3] Consulta Exacta, p. 2.
[4] Consulta Exacta, p. 2.
[5] Consulta Exacta, p. 17.

b. Riesgos explotativos, toda vez que, a su juicio, "la empresa ganadora podría verse incentivada a extraer rentas monopólicas a aquellos clientes distintos de los licitantes, con los cuales no debe compartir sus ingresos"[6].

c. Riesgos relativos a la posibilidad de que se reduzca el bienestar social en la industria de contenido televisivo, ya que, desde su perspectiva, "la calidad, precio e innovación de los servicios de rating que son requeridos por los distintos actores de la industria podría verse afectado negativamente"[7].

5. En consideración de tales riesgos, Exacta solicitó como medidas "(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 de todo tipo de clientes bajo criterios generales, objetivos y no discriminatorios"[8].

B. La posición sostenida por La Red y los demás intervinientes en este procedimiento

6. En el marco de este procedimiento, se ha evidenciado que los distintos intervinientes presentan distintas visiones acerca de los riesgos que implicaría para la libre competencia el acuerdo de contratación conjunta de servicios de medición de audiencia y de censo de contenido. Por un lado, los canales que por separado cuentan con mayores niveles de participación de mercado, es decir, TVN, Mega, Chilevisión y Canal 13, han sostenido que el hecho consultado no revestiría riesgos para la libre competencia. Frente a ese planteamiento, los canales de televisión de menor tamaño, como lo son TV+ y La Red, además de la FNE han hecho presente, y aportado antecedentes concretos, sobre los distintos riesgos que se derivan de la contratación conjunta de servicios de medición de audiencia y de censo de contenido.

7. Así, en primer lugar, la FNE identificó como riesgos a la libre competencia (a) las interacciones entre representantes de los canales de televisión abierta durante el proceso de selección, (b) la eventual actuación abusiva de la empresa seleccionada para prestar los

[6] Consulta Exacta, p. 18.
[7] Consulta Exacta, p. 18.
[8] Consulta Exacta, p. 19.

servicios de medición de audiencia, a partir de la posición monopólica que adquiriría, y (c) el poder de negociación que los canales de televisión abierta adquieren mediante la contratación conjunta, que les permitiría acordar condiciones comerciales en su beneficio, en desmedro de otros canales de televisión abierta, de las agencias de medios y de otros demandantes de servicios de medición de audiencias.

8. La Red, por su parte, ha estimado que como consecuencia del acuerdo de contratación conjunta de servicios de medición de audiencia y de censo de contenido, se pueden manifestar una serie de riesgos a la libre competencia, que puedan impactar en la capacidad competitiva no solo de La Red, sino también de TV+ y de otros canales que en futuro requieran en contratar los servicios de medición que preste la empresa adjudicataria, a fin de seguir desafiando –en el caso TV+ y La Red– o comenzar a desafiar –en el caso de potenciales nuevos canales–, a las casas televisivas que tradicionalmente han mantenido mayores niveles de participación de mercado en nuestro país, es decir, Canal 13, TVN, CHV y Mega.

9. En específico, los principales riesgos para la libre competencia observados por La Red en el marco de este procedimiento son los siguientes: (i) que se limite la libertad de los servicios a contratar por cada uno de los canales[9]; (ii) que se limite la posibilidad de que los canales que no contrataron determinados servicios al comienzo de la operación del proveedor seleccionado accedan en el futuro a tales servicios en el futuro, en las mismas condiciones que el resto de los canales que las contrataron desde un inicio[10]; (iii) que se establezca una distribución del pago de los servicios que afecte la capacidad de entrada o de expandirse de los canales de menores ingresos[11]; y, finalmente, (iv) que la selección conjunta de proveedor implique la existencia de barreras artificiales a la salida del contrato[12].

---

[9] En relación con este riesgo, debe observarse que tanto en el contrato actualmente vigente con Kantar, como en el que se proyecta celebrar, existen distintos niveles de servicios y, en ese contexto, desde la perspectiva de nuestra representada, resulta fundamental que se garantice, por una parte, que cada canal pueda libremente determinar los servicios que desea contratar, sin que le sea exigido contratar servicios que vayan más allá de aquellos considerados como esenciales –estrictamente necesarios– para efectos de determinar la "moneda" que valoriza los espacios publicitarios.

[10] Precaver este riesgo es particularmente importante, si se considera que en el contrato vigente con Kantar existen cláusulas que penalizan a quien contrata con posterioridad un servicio por la vía de establecer una denominada cuota de nuevo cliente.
Por lo mismo, resulta fundamental también que se asegure la posibilidad de que quienes no contrataron un servicio desde el comienzo, lo puedan hacer con posterioridad en las mismas condiciones que quienes sí lo hicieron desde el comienzo.

[11] Por lo mismo, La Red considera que una distribución que no tome en consideración los ingresos o niveles de audiencia de cada canal para definir los pagos que cada uno puede hacer, pueden implicar riesgos para la libre competencia, derivados de una distribución asimétrica que impacte directamente en la capacidad de competir de los canales de menores ingresos.

[12] Al respecto, cabe tener presente uno de los problemas relevantes de competencia que contiene el contrato actual, es que, conforme con la cláusula 2.8 del Contrato, los canales eran libres para contratar o no el servicio *Real Time*, pero una vez contratados no podían renunciar a él.
Ello implicó, por ejemplo, que mi representada tuvo que pagar por el servicio Real Time durante los últimos años, a pesar de que no lo ocupaba, ni le interesaba ocuparlo, debiendo destinar recursos a dicho *ítem*, que podría haber utilizado en otros aspectos a fin de ser más competitiva de cara a los canales de mayor tamaño.

10. Estos riesgos dan cuenta, en definitiva, de una preocupación de parte de La Red de que, como consecuencia del acuerdo de selección de proveedor común, se aumenten artificialmente los costos de operación de los canales de menor tamaño y con menor poder de negociación –como TV+ y La Red–; impidiendo que éstos puedan desafiar efectivamente a los canales que tradicionalmente han dominado el mercado, y que como consecuencia de ello han monopolizado la difusión de contenidos y la discusión pública, silenciando contenidos, voces y discursos disidentes en el medio de comunicación de mayor relevancia en nuestro país.

11. Así, de fondo, la preocupación de nuestra representada, se justifica no solo en el interés por permitir la viabilidad comercial y financiera de La Red, sino además por la necesidad de que en nuestro país se generen las condiciones adecuadas para que los pequeños canales existentes, y los futuros proyectos televisivos, tengan la posibilidad de desafiar a los grandes conglomerados de comunicaciones, premisa básica para una sociedad pluralista.

****

12. En suma, a partir de los riesgos indicados por la Consultante, por la FNE y por esta parte, es posible concluir este apartado indicando que existen riesgos de distinta naturaleza, en relación con el objeto de esta consulta.

a. Por un lado, existen riesgos de coordinación, por parte de los canales de televisión abierta que llevan adelante el proceso de selección.

b. Existen riesgos de abusos explotativos por parte de quien prestará el servicio en condiciones monopólica, los que pueden manifestarse, entre otras, a través de la atadura de los servicios o de barreras artificiales de salida.

c. Riesgos de abusos exclusorios derivados de que encarezcan el servicio para canales de menor tamaño o potenciales entrantes, como pueden ser las resultantes de un pago idéntico del servicio entre todos los agentes económicos, o las que exijan el pago de cuotas adicionales a los clientes que soliciten con posterioridad un servicio.

13. Todos estos riesgos fueron reconocidos por el H. Tribunal, en la Resolución Nº 76, al indicar que “en el caso de autos los riesgos pueden dividirse principalmente en dos grupos: (i) riesgos coordinados, asociados con la mayor facilidad con que los Canales Contratantes podrían coordinar su comportamiento competitivo o traspasarse información comercialmente

sensible; y (ii) riesgos unilaterales, los cuales están relacionados con la posibilidad de que la empresa que se adjudique el servicio de medición de audiencia y de censo de contenido televisivo, en tanto sea la única que lo provea, pueda establecer condiciones o ejecutar acciones que puedan afectar a otros agentes que requieran de dicho insumo. Respecto de los riesgos unilaterales, estos pueden ser tanto explotativos como exclusorios, tal como se describe más adelante"[13].

C. Medidas de mitigación

14. Frente a los riesgos antes indicados, debe observarse que los propios canales de televisión, salvo TV+, acordaron la implementación preventiva de distintas medidas a fin de evitar la materialización de tales riesgos, circunstancia que fue tenida a la vista por el H. Tribunal al dictar la Resolución Nº 76/2022, en la que se establecieron condiciones para el hecho objeto de la consulta.

15. <u>En relación con los riesgos vinculados con la interacción entre canales</u> (riesgos de coordinación), nuestra representada y los demás canales que participan del proceso en comento decidieron establecer mecanismos a fin de disipar la materialización de tales riesgos, los que constan en el documento titulado "Protocolo de Libre Competencia".

16. Conforme con este Protocolo, las Partes deberán implementar todos los resguardos que sean necesarios para evitar el intercambio de Información Exclusiva del *Clean Team* o cualquier otra información que sea o pueda ser innecesaria para el Objeto. Adicionalmente, la aplicación del protocolo se hizo extensiva a las reuniones de directores ejecutivos de los canales, para las cuales se establecieron, además, obligaciones adicionales[14].

17. <u>En relación con los riesgos de abusos explotativos por parte de quien prestará el servicio en condiciones monopólica</u>, debe decirse que, en realidad, estos riesgos se refieren a la posibilidad que tendrá la empresa adjudicataria de imponer condiciones económicas y contractuales distintas a los canales licitantes de las que establecerá respecto de terceros y de potenciales competidores.

---

[13] H. TDLC, Resolución Nº 76/22, ¶. 28.

[14] A partir de lo anterior, la FNE concluyó que "en abstracto y siempre que no existan nuevos antecedentes, en la medida que los canales de televisión abierta sigan a futuro de manera serie, completa y de buena fe el Protocolo implementado, los riesgos de coordinación que podrían materializarse en esta instancia se encontrarían debidamente mitigados". Además, en opinión del H. Tribunal, el Protocolo de Libre Competencia "habría permitido limitar el intercambio de información entre los participantes, al menos en la etapa final del Proceso, al regular su uso y las personas que pueden tener acceso a ella, las que quedan sujetas a ciertos deberes" (H. TDLC, Resolución Nº 76/2022, ¶. 34.).

18. No obstante no ser riesgos relacionados con conductas que directamente se refieren a actuaciones de los canales contratantes, en el borrador de contrato se incorporarán cláusulas destinadas a garantizar el cumplimiento de las normas de la libre competencia por parte de Kantar. Estas reglas, por lo demás, le fueron informadas a dicho proveedor al momento de informársele su adjudicación.

19. En este sentido, por ejemplo, en el borrador de contrato se señala explícitamente que Kantar "ofrecerá sus servicios en condiciones generales, objetivas y no discriminatorias", sin poder realizar ventas atadas, ni cobrar cuotas de nuevo cliente.

20. Asimismo, atendido el temor que causó la posibilidad, nunca contemplada, en todo caso, de incorporar un mecanismo de *revenue share*, el propio contrato se preocupó de dejar establecido que "las partes se comprometen a no establecer ningún mecanismo o cláusula de compartición de ingreso".

21. Finalmente, en relación con los riesgos exclusorios que pudieran afectar la intensidad competitiva de canales de menor envergadura económica o de potenciales entrantes, el Comité Ad-hoc informó a la FNE, en el marco del procedimiento de investigación, una serie de lineamientos al respecto, que dan cuenta de relevantes medidas de mitigación en este sentido, tales como que:

a. El contrato será firmado por separado por cada canal (ratificando que el acuerdo consultado no es sobre contratación conjunta, sino sobre la selección conjunta de un proveedor común).

b. Si un canal no paga los servicios contratados, su deuda no será asumida por el resto de los canales. Si un canal termina su contrato, el monto total del respectivo nivel se dividirá entre los canales que mantengan contratado ese nivel.

c. Los canales podrán contratar sólo el Nivel 1 y pagarán el precio de ese nivel sin estar obligados a contratar y pagar el Nivel 2. Lo mismo aplica para el servicio del rating on line o real time.

d. Los contratantes del Nivel 1 podrán durante la vigencia de los servicios contratar el Nivel 2 sin que ello implique un costo superior al pagado por los contratantes iniciales. Lo mismo aplica para el servicio del rating *on line* o *real time*.

e. Si un nuevo canal, no contratante inicial del Nivel 2 se suma a este servicio durante la vigencia del contrato, ello implicará una reducción del precio unitario al dividir el costo de ese nivel entre más contratantes. Lo mismo aplica para el servicio del rating *on line* o *real time*.

f. El precio de quien se incorpore a comprar Nivel 2 con posterioridad, no va a ser mayor ni deberá pagar ningún fee por ingresar ni cuota de incorporación al contrato. Lo mismo aplica para el servicio del rating *on line* o *real time*.

g. No se necesita la aprobación de ningún canal para poner término a un contrato ni tampoco para contratar el servicio.

h. Adicionalmente, en relación con el riesgo identificado por la FNE, a partir de las condiciones vigentes del contrato con Kantar, referido a la cuota de nuevo cliente, el borrador de contrato explícitamente señala que las partes se comprometen a no establecer cláusulas o mecanismos conocidos como cuota del nuevo cliente, es decir, que impliquen cobros adicionales o recargos por la provisión de servicio a nuevos clientes.

D. Resolución N° 76/2022 del H. Tribunal

22. Finalmente, a través de la Resolución Nº 76/2022, se resolvió "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."

23. Se aprecia de la Resolución que el H. Tribunal resolvió incorporar como condiciones muchas de las medidas previamente acordadas entre los Canales Contratantes para mitigar los riesgos a la libre competencia de la contratación conjunta de los servicios de medición de audiencia y censo televisivo.

24. Sin embargo, lamentablemente, el H. Tribunal no exigió como condición para que el hecho consultado se ajustara al Decreto Ley N° 211 que el precio a pagar tuviera que ser a prorrata de los niveles de los niveles de audiencia de los canales que lo contraten. Si bien, como se ha anticipado y se explicará con más detalle a lo largo de esta presentación, ya existe un compromiso de parte de todos los Canales Contratantes para que la contratación se haga igualmente en términos proporcionales, nuestra representada considera que, igualmente, es idóneo, desde la perspectiva de la libre competencia que dicha distribución sea exigida por la Resolución, tal como se considera en el voto de minoría de la Resolución.

II. La Excma. Corte Suprema debe incorporar como condición para que el acto consultado se ajuste al Decreto Ley N° 211, el que el pago de los servicios de

medición de audiencia y censo televisivo debe realizarse a prorrata de los niveles de audiencia de los Canales Contratantes y no en partes iguales

A. Antecedente: el rating es un insumo esencial para participar en la industria televisiva, el cual -dada la regla establecida hasta ahora, en orden a que se debe pagar en partes iguales entre los contratantes- ha debido ser soportado de forma desigual por los Canales Contratantes, lo que ha entorpecido la entrada de nuevos competidores y ha afectado la capacidad de expandirse los incumbentes de menores audiencias

25. Sin embargo, el H. Tribunal no exigió como condición para que el acto consultado se ajustara al Decreto Ley N° 211 que el precio a pagar tuviera que ser a prorrata de los niveles de los niveles de audiencia de los canales que lo contraten. Si bien, como se ha anticipado y se explicará con más detalle a lo largo de esta presentación, ya existe un compromiso de parte de todos los Canales Contratantes para que la contratación se haga igualmente en términos proporcionales, nuestra representada considera que, igualmente, es idóneo, desde la perspectiva de la libre competencia que dicha distribución sea exigida por la Resolución, tal como se considera en el voto de minoría de la Resolución.

26. En primer lugar, a efectos de determinar cuál debe ser la forma que se debe distribuir el pago por los servicios de medición de audiencia televisiva, entre los Canales Contratantes, debe recordarse que el servicio de medición de audiencia es un insumo esencial para los canales de televisión, puesto que es condición necesaria para competir por inversión publicitaria.

27. En efecto, como ha sostenido la Fiscalía en estos autos, el estudio de medición de audiencias "constituye un insumo esencial para participar en la industria aguas debajo de la televisión abierta, puesto que en esta industria lo que no se mide no se vende. Los espacios publicitarios sin medición no son comercialmente valiosos para los avisadores, por lo que un canal de televisión abierta sin medición es un canal que no será capaz de generar ingresos relevantes"[15].

28. Por consiguiente, dado el carácter de insumo esencial de esta medición, los canales de televisión deben adquirirlo[16], tal como fue reconocido por el H. Tribunal en la Resolución, al sostener que la medición de rating es "un insumo muy relevante para los demandantes de este servicio, tanto canales como agencias de medios"[17].

[15] Fiscalía Nacional Económica, Aporte Antecedentes, p. 39.
[16] Fiscalía Nacional Económica, Aporte Antecedentes, p. 40.
[17] H. TDLC, Resolución N° 76/2022, ¶11.

29. Por lo mismo, la forma en que se distribuya el pago de este servicio tan esencial, como lo es la medición de audiencia, es particularmente relevante desde la perspectiva del derecho de la competencia, pues, como ha reconocido la Fiscalía, la forma que se fije "puede afectar de diferente forma a los canales de televisión abierta"[18].

30. Desde que los Canales Contratantes contrataron por primera vez este servicio, que ha existido una regla conforme con la cual el pago se divide en partes iguales entre todos los canales, lo que significa que, en la actualidad, el servicio básico u overnight, que es aquel que todo canal necesariamente requiere para tener viabilidad comercial, le cuesta a cada Canal Contratante un sexto del total del servicio.

31. Lo anterior significa, de entrada, que, a pesar de que 4 de los 6 Canales Contratantes concentran el 96% de los ingresos en este mercado[19], esos 4 Canales Contratantes asumen, únicamente, el 66,6% del costo del servicio. En cambio, los 2 Canales Contratante de menores niveles de audiencia, a saber, nuestra representada y TV+, deben asumir el 33,3% restante del costo de la contratación del servicio de medición, aun cuando sus ingresos representan solo el 4% del mercado[20].

32. En este contexto, establecer una regla de pago igualitario del precio implica que el costo del servicio de medición de audiencia televisiva es soportado desigualmente por los canales, pues existen canales que, a pesar de tener una menor participación de mercado, deben igualmente soportar los mismos costos que los canales más grandes. Ello, naturalmente, constituye un "riesgo a la competencia que emana de la regla de distribución [en cuotas idénticas] del pago por los servicios de medición de audiencia televisiva"[21].

33. Lo anterior, ha agregado la FNE, produce que canales entrantes y canales de menores ingresos enfrenten relativamente mayores costos que aquellos canales de mayores ingresos, cuestión que, en último término, tiene el potencial de entorpecer la entrada de nuevos competidores y afectar el crecimiento de fuentes de presión competitiva ara los incumbentes[22].

---

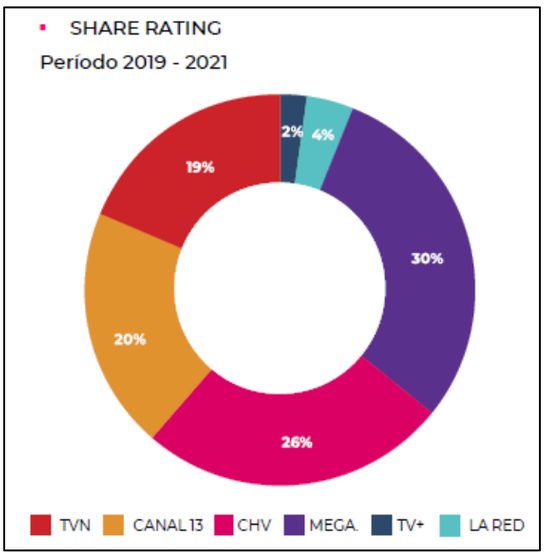
[18] Fiscalía Nacional Económica, Aporte Antecedentes, p. 40.
[19] Al respecto, la FNE señaló en su aporte de antecedentes que "para el año 2020 el canal con la mayor participación de mercado es Canal 13 con un 30,6%, seguido por Mega con un 28,8%, luego CHV con un 19,2%, y en cuarto lugar TVN con un 17,6%. Cabe resaltar que esta es una industria concentrada en estos 4 canales, ya que desde el año 2017 hasta el 2020 su participación conjunta ha sido mayor al 96%, mientras que el resto del mercado se reparte en los 3 canales de significativamente menor tamaño" (FNE Aporte Antecedentes, p. 35).
[20] Fiscalía Nacional Económica , Aporte Antecedentes, p. 35.
[21] Fiscalía Nacional Económica, Aporte Antecedentes, p. 54.
[22] Fiscalía Nacional Económica, Aporte Antecedentes, p. 54.

34. De este modo, el precio por el servicio de medición de audiencia televisiva, en lugar de ser pagado por todos los Canales Contratantes de forma que no afecte las condiciones de competencia en el mercado en el que incide ese insumo, ha debido ser soportado asimétricamente en la estructura de costos de cada canal[23], afectando así "principalmente a canales entrantes y canales de menores ingresos, afectado su capacidad de desenvolverse competitivamente en la industria televisiva en la que se compite principalmente por audiencia y por inversión publicitaria"[24].

35. Atendido lo anterior, es que esta parte propuso como medida de mitigación, en su aporte de antecedentes que se establezca un mecanismo en que el precio de los servicios de medición de audiencia se pague a prorrata de los niveles de audiencia de cada canal.

36. La justificación de una regla en este sentido aparece como evidente si se revisan las diferencias que existen entre los canales contratantes en términos de participación de mercado y de ingresos.

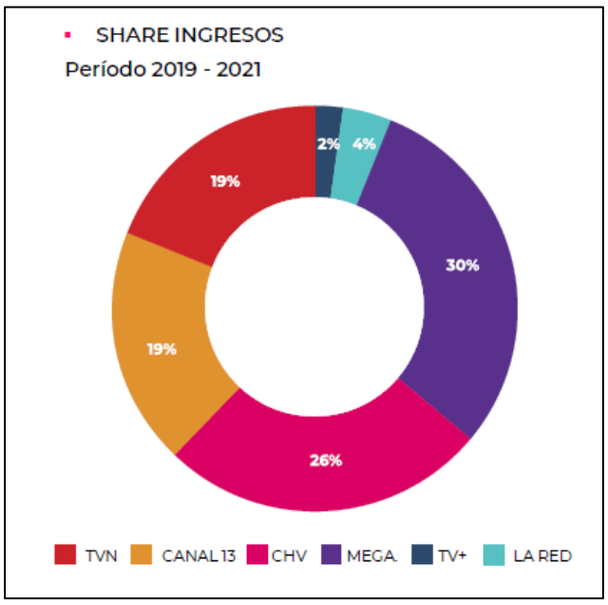
37. En este sentido, como ya se adelantó, y como lo muestra el gráfico inserto a continuación, el mercado de televisión abierta se encuentra dividido inequitativamente entre los grandes y pequeños actores del mismo: el canal participante más grande, Megavisión, concentra el 30% del mercado[25], seguido de Chilevisión con un 26%, Canal 13 con un 20% y TVN con un 19%. Por su parte, los canales pequeños concentran solo un 6% del mercado, La Red con un 4% y TV+ con un 2%.



Fuente: Kantar Ibope Media

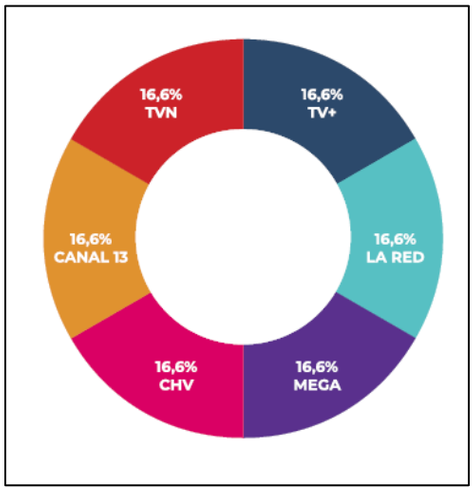
[23] Fiscalía Nacional Económica, Aporte Antecedentes, p. 54.
[24] Fiscalía Nacional Económica, Aporte Antecedentes, p. 55.
[25] Medido en puntos de rating entre los años 2019 y 2021.

38. Por su parte, si medimos de acuerdo a los ingresos publicitarios, podemos ver una correlación entre este y el *rating* de cada canal. La única diferencia en participación la tiene Canal 13, con un 19% en lugar de un 20%.



Fuente: Kantar Ibope Media

39. Sin perjuicio de esto, el costo por el servicio de medición de rating prestado por Kantar en el pasado y presente ha sido soportado en partes iguales por todos los actores del mercado. Cada uno de los 6 canales de televisión abierta actualmente pagan un 16,6% del costo.



Fuente: Kantar Ibope Media

40. Lo anterior significa claramente un mayor impacto económico en aquellos canales de menor tamaño y con correlativos menores ingresos publicitarios. Así, por ejemplo, si analizamos estos costos por punto porcentual de participación, La Red paga,

proporcionalmente, aproximadamente 7,5 veces más que el mayor actor del mercado por el servicio de medición de *rating*[26].

41. En todo caso, la justificación de incorporar la exigencia de que todos los servicios de medición de audiencia y censo televisivo que Kantar (o quien, en definitiva, sea el proveedor de servicios contratados), se paguen por los canales contratantes y por los nuevos canales que demanden el servicio a prorrata de sus niveles de audiencia, a fin de que el acto consultado se ajuste con la libre competencia, se justifica no solo en la evidente incidencia que tiene el pago idéntico en las condiciones de competencia en los Canales Contratantes, sino también en las siguientes consideraciones, que se analizarán en detalle enseguida:

a. Los Canales Contratantes ya se comprometieron a incorporar una regla que reconozca el pago de los servicios de forma proporcional, al menos respecto del servicio básico *overnight* o Nivel 1.

b. El costo de contratar los servicios de medición de audiencia y censo televisivo equivale a un porcentaje relevante de los ingresos de los canales de menores audiencias, como La Red, por lo que afecta de forma relevante su competitividad en el mercado;

c. Establecer pagos en proporción a los niveles de audiencia constituye una forma recurrente de distribuir costos en esta industria y ello es aplicable, incluso, respecto de la forma de distribuir el pago de los servicios de medición de audiencias.

42. Todas estas consideraciones fueron recogidas por el voto de minoría dictado por las Ministras Sras. Gorab y Domper en la Resolución N° 76/2022, quienes "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)"[27].

43. A juicio de esta parte, todas estas consideraciones, como se verá, deben llevar a que la Excma. Corte Suprema acoja este recurso e imponga como condición el que los servicios de medición de audiencia y censo televisivo se paguen a prorrata de los niveles de audiencia de quienes lo contratan, de modo que esa forma de reparto no quede sujeto a una decisión de mayoría de los Canales Contratantes, pues, como ya se ha visto, ello, en este caso, implica

[26] Por punto porcentual de *rating*, La Red paga 4,13% del costo total del servicio de medición de rating, mientras que Megavisión paga 0,553%.
[27] H. TDLC, Resolución N° 76/2022, voto de minoría, ¶14.

que la decisión quedaría en manos de los cuatro canales que concentran el 96% de los ingresos del mercado.

B. <u>Primer argumento</u>: El pago proporcional fue comprometido por los Canales Contratantes

44. En mayo del año 2022, esta parte informó al H. Tribunal que había recibido borradores del contrato que se proyectaba celebrar con Kantar. Al respecto, esta parte hizo presente en esa oportunidad que, si bien nuestra representada había participado del proceso para elegir un proveedor para el servicio de medición de rating y censo televisivo, no había participado en la redacción de los borradores, ni compartía necesariamente todo su contenido[28].

45. Esto último, toda vez que en los borradores del contrato que se proyectaba celebrar con Kantar, se señalaba que el valor que paga cada parte por el servicio básico "es 1/6 del valor total de este servicio". Del mismo modo, también se señala que los valores de los servicios adicionales que los canales contraten serán pagados en partes iguales por los canales que decidan contratarlos.

46. Dicha forma de distribuir el pago no era – ni es– compartida por nuestra representada, quien considera, como se ha dicho, que, en lugar de establecerse una tarifa idéntica entre todos los canales de televisión abierta, lo más competitivo sería que se establezca un precio que sea proporcional al rating de cada canal, ya que el establecimiento de una regla de pago igualitario implica aumentar artificialmente los costos de los canales de menor tamaño, limitando su posibilidad de expansión y de competir en igualdad de condiciones con los canales más grandes.

47. Por lo mismo, mi representada, con fecha 18 de mayo de 2022, contestó el correo electrónico en el que se le había enviado el referido borrador, indicando que "La Red considera que la forma en que se pague el precio de los servicios no debe ser en parte iguales por cada canal, sino que debe ser proporcional a los ingresos por publicidad de cada canal o a su rating".

48. Debido a esa razón, se agregó, "no nos encontramos en condiciones de poder aceptar una cláusula como la que viene el borrador en que, al regular el precio de los servicios, se señala que será '1/6 del valor total de este servicio´".

[28] Fojas 335.

49. El envío de ese correo electrónico dio lugar a que, con fecha 10 de junio de 2022, se celebrara una nueva reunión entre los Canales Contratantes, en la que se propuso, por parte de los canales que habían estado a favor del pago por partes iguales hasta ese entonces, que se evaluara cobrar proporcional al rating, sin perjuicio respecto del servicio básico[29].

50. En efecto, en dicha reunión el representante de Canal 13 propuso "evaluar que se cobre proporcional al rating de cada canal". Dicha propuesta fue luego conversada por los demás asistentes a la reunión, todos representantes de los distintos Canales Contratantes, quienes concluyeron que se trataba de "una propuesta sensata[30] y que se pronunciarán y confirmarán a la brevedad y se establece como plazo máximo a fines de junio"[31].

51. Con posterioridad a esa reunión, han existido diversas manifestaciones en que los Canales Contratantes se han comprometido efectivamente con el pago proporcional.

a. Borrador de contrato enviado con anterioridad a la audiencia pública celebrada ante el H. Tribunal

52. En primer lugar, cabe señalar que la referida reunión de fecha 10 de junio de 2022, culminó con el compromiso de que se le enviaría a los Canales Contratantes una nueva propuesta de contrato a celebrarse con Kantar, a fines del mes de junio.

53. En efecto, la siguiente versión del contrato que recibió nuestra representada fue con fecha 4 de julio de 2022. Esta versión, de hecho, fue la última que se circuló entre los Canales Contratantes antes de la audiencia pública de este procedimiento, la que tuvo lugar con fecha 12 de julio de 2022.

54. Al enviar esta versión del contrato a los distintos canales, la Gerenta Legal de TVN – canal que desde el comienzo de este proceso de contratación asumió el rol de liderazgo y coordinación entre los canales– hizo presente que adjuntaba la "versión N°6 del borrador de Contrato con Kantar, en las que se han incorporado comentarios de todos los canales con excepción de TV +, que no los he recibido"[32].

---

[29] Minuta de Reunión Canales Contrato Kantar, de fecha 10 de junio de 2022, celebrada en las dependencias de Canal 13.

[30] En relación con la propuesta, cabe agregar que ningún canal se opuso a ella, sino que, en general, lo que se discutió fue, por una parte, establecer un valor mínimo, de manera que si un canal tiene 0 puntos rating, tenga que pagar ese valor mínimo; y, por otra, que el pago proporcional se extendiera únicamente al servicio básico u *overnight* (Minuta de Reunión Canales Contrato Kantar, de fecha 10 de junio de 2022, celebrada en las dependencias de Canal 13.).

[31] Minuta de Reunión Canales Contrato Kantar, de fecha 10 de junio de 2022, celebrada en las dependencias de Canal 13.

[32] Correo electrónico enviado por Paula Alessandri, de fecha 4 de julio de 2022.

55. Asimismo, agregó que, en general, estaban incorporados todos los distintos comentarios, salvo el relativo al "término anticipado pedido por La Red porque entiendo no hay consenso todavía respecto de ese tema, lo que también debemos resolver"[33].

56. En concreto, en esta esta versión del contrato se modificó la forma en que estaba determinada la forma de distribución del pago, señalándose que por el servicio básico cada canal "pagará a Kim la cantidad anual que resulte de multiplicar el share de rating comercial de los últimos 12 meses por el precio al que se adjudicó el servicio"[34].

57. Lo anterior se lee expresamente en el borrador del contrato, que se reproduce a continuación:

> **SEGUNDO: Precio.**
> Por los Servicios objeto de este Contrato, _____ pagará a KIM las siguientes sumas anuales en doce cuotas mensuales:
>
> a) Por el **Servicio Básico** _____ pagará a Kim la cantidad anual que resulte de multiplicar el share de rating comercial de _____ de los últimos 12 meses por la cantidad de de UF53.118 (cincuenta y tres mil ciento dieciocho unidades de fomento), según oferta presentada por KIM y aceptada en la adjudicación. El valor del share de rating comercial se actualizará anualmente, considerando a todos los canales de tv abierta usuarios de este Servicio, los que no podrán ser menos de 6.
> ~~a) de **UF 8.853 (ocho mil ochocientas cincuenta y tres unidades de fomento)** más el Impuesto al Valor Agregado. Las partes dejan expresa constancia que el valor que paga _____ es 1/6 del valor total de este servicio ascendente a la suma anual de UF53.118 (cincuenta y tres mil ciento dieciocho unidades de fomento), según oferta presentada por KIM y aceptada en la adjudicación.~~
> b) Por el servicio Real Time _____ pagará a Kim la cantidad anual de **UF 3.385 (tres mil trescientos ochenta y cinco unidades de fomento)** más el Impuesto al Valor Agregado. Las partes dejan expresa constancia que el valor que paga _____ es 1/4 del valor total de este servicio ascendente a la suma anual de UF13.540 (trece mil quinientas cuarenta unidades de fomento), según oferta presentada por KIM y aceptada en la adjudicación.
> c) Por el servicio **Video en el Hogar** ____ pagará a Kim la cantidad anual de **UF 1.138 (mil ciento treinta y ocho unidades de fomento)** más el Impuesto al Valor Agregado Las partes dejan expresa constancia que el valor que paga ____ es 1/4 del valor total de este servicio ascendente a la suma anual de UF4.552 (cuatro mil quinientas cincuenta y dos unidades de fomento), según oferta presentada por KIM y aceptada en la adjudicación.

b. Reconocimientos en audiencia frente al H. Tribunal

58. Por otra parte, cabe referirse a lo ocurrido en la audiencia pública de vista de la causa llevada a cabo con fecha 12 de julio de 2022, en la que los apoderados de los canales de televisión abierta con mayor participación de mercado se comprometieron, frente al H. Tribunal, a aplicar en el nuevo contrato una división proporcional del costo, al menos para el servicio básico *overnight* o Nivel 1, considerado esencial por todos los intervinientes.

[33] Correo electrónico enviado por Paula Alessandri, de fecha 4 de julio de 2022.
[34] Borrador de cointrato a celebrar con Kantar, versión número 6, enviado a La Red con fecha 4 de julio de 2022.

59. Así, en primer lugar, el representante de TVN indicó que:

> La Fiscalía Nacional Económica y algunas canales plantearon la necesidad de que el pago sobre el… el proceso del rating sea no en términos igualitarios, como lo ha sido los 30 años y como estaba acordado que fuera en este proceso, sino referido a… en proporción al rating. **Y acá yo tengo la instrucción precisa de mi cliente, Honorable Tribunal, por parte de Televisión Nacional hay total disposición, apertura y disponibilidad a acordar una forma proporcional de pago en el rating** (…). (…) He transparentado, Honorable Tribunal, la posición de mi representada. Desde ese punto de vista dejamos establecida nuestra falta de oposición, nuestra disponibilidad y apertura[35].

60. Por su parte, la representante de Canal 13 reflejó similares intenciones, señalando durante la audiencia que:

> Mi representada ha promovido de que dado que acá lo que le interesa los canales es ojalá agilizar la instauración, la implementación de este nuevo servicio de medición de audiencia, por favor vayamos limpiando cualquier inconveniente, y dado que este un inconveniente **mi representada ha promovido que entonces de establezcan pagos ya no igualitarios, sino que pagos en proporción al *rating* que puedan tener los distintos canales**[36].

61. En tercer lugar, el representante de Megamedia manifestó su aquiescencia sobre esta forma de distribución del pago del contrato de servicios de medición de audiencia, al sostener que:

> nos adherimos un poco lo que dijo el apoderado de TVN, **Mega, ya ha manifestado su disposición a los canales de televisión a incorporar esta medida y aceptar que se haga un pago proporcional, por ejemplo, proporcional al rating, eso ya es algo que esta parte lo concedió**, digamos, lo dejamos por escrito en la minuta de alegato, pero también eso hace algunas semanas también se le manifestó a los demás canales de televisión[37].

---

[35] Intervención TVN, Audiencia Pública, Minuto 1:37:32.
[36] Intervención Canal 13, Audiencia Pública, Minuto 2:13:02.
[37] Intervención Megamedia, Audiencia Pública, Minuto 2:34:01.

62. Por último, el representante de Chilevisión señaló, en este mismo sentido, que:

> Con miras a avanzar, Chilevisión efectivamente ha mostrado disposición explorar un pago **proporcional, pero morigerado, y solamente por el servicio básico *overnight*, el nivel 1**[38].

c. Avances que tuvieron lugar con posterioridad a la audiencia pública

63. Con posterioridad a la audiencia pública, los Canales Contratantes siguieron avanzando en el borrador del Contrato. Así, con fecha 25 de julio de 2022, TVN envió la "versión 7 del borrador del contrato de Kantar, el que incorporó los nuevos comentarios de Mega". Esta versión mantenía la cláusula de pago del precio del mismo modo en que lo estaba la versión anterior, de fecha 4 de julio de 2022[39].

64. Lo anterior, sin embargo, se modificó con fecha 26 de julio de 2022, pues con esa fecha TVN remitió una nueva versión del borrador del contrato, indicando: "adjunto versión N° 8 que incorpora nuevos comentarios de CHV. Hago presente que ellos no están de acuerdo en que el pago del Servicio Básico sea totalmente proporcional y proponen lo que se señala al margen de la cláusula respectiva"[40].

65. En particular, si se revisa el comentario que venía al margen del contrato, las opciones que se daban para reconocer el pago proporcional eran las siguientes:

> "o Pago proporcional por 50% de valor, e igualitario por restante 50%: Propuesta de CHV, es la opción que nos parece más conveniente. De ser necesario, como CHV podemos proponérselo a La Red para ver su reacción.
>
> o Pago proporcional con piso mínimo para el futuro según proporción de rating actual: Propuesta de Canal 13, no estoy seguro si la habrán depurado más"[41].

66. Si bien ambas propuestas, particularmente la de Chilevisión se alejaban de un verdadero pago proporcional, como el comprometido en la audiencia pública, al menos

[38] Intervención Chilevisión, Audiencia Pública, Minuto 3:18:09.
[39] Correo electrónico enviado por Paula Alessandri, de fecha 25 de julio de 2022.
[40] Correo electrónico enviado por Paula Alessandri, de fecha 26 de julio de 2022.
[41] Versión 8 del contrato con Kantar. Este documento se encontraba adjunto al correo electrónico enviado por Paula Alessandri, de fecha 26 de julio de 2022.

respecto del servicio básico *overnight* o Nivel 1, nuestra representada igualmente aceptó tener conversaciones con estos canales a fin de poder avanzar en un acuerdo sobre la forma de pago que permitiera poder celebrar el nuevo contrato con Kantar.

67. En este sentido, y luego de diversas reuniones con representantes de Canal 13, que tomaron el liderazgo de mediar entre las dos posturas, La Red manifestó su aquiescencia para que se estableciera una forma de pago proporcional, en la cual existiera un pago mínimo que equivalga al 5% del costo, de modo tal que, si un Canal Contratante tenía menos de esa audiencia, igualmente quedase obligado a ese pago mínimo.

68. A pesar de lo anterior, y de los esfuerzos que nuestra representada realizó para que finalmente se celebrara el contrato con Kantar, lo cierto es que, hasta la fecha, no ha vuelto a recibir nuevas versiones de Contrato, ni sabe siquiera cuál es el estado de su celebración.

69. Con todo, cabe recalcar que con posterioridad a la audiencia pública los Canales Contratantes siguieron avanzando en un contrato que reconocía el pago proporcional, al menos respecto del servicio básico *overnight* o Nivel 1, y en el que la única diferencia sería que se establecería un pago mínimo por cada canal, con independencia del nivel de audiencia. Si bien ese formato no era el mismo que había propuesto esta parte, ni la Fiscalía, La Red estuvo dispuesto a aceptarlo con miras a avanzar.

****

70. En suma, el que los Canales Contratantes que, en principio, se oponían a que existiera un pago proporcional se hayan comprometido en ese sentido, al menos respecto del servicio básico *overnight* o Nivel 1, no solo da cuenta de un argumento en favor de acoger este recurso de reclamación, sino que, en cualquier caso, implica que, de no acogerse, el acuerdo existente actualmente entre los Canales Contratantes supone que el pago de los servicios de medición de audiencia y censo televisivo se hará a prorrata de los niveles de audiencia de cada canal, pero estableciendo, en todo caso, un 5% de pago mínimo.

C. <u>Segundo argumento</u>: El costo de contratar los servicios de medición de audiencia y censo televisivo equivale a un porcentaje relevante de los ingresos de los canales de menor envergadura, como La Red, por lo que afecta de forma relevante su competitividad en el mercado

71. La Resolución N° 76/2022 realiza tres consideraciones, en relación con la forma de financiamiento de los servicios de medición de audiencia, las que sirven como antecedentes para comprender -y criticar, en este caso- su decisión.

72. En primer lugar, la Resolución sostiene que "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"[42].

73. De este modo, es dable concluir que, al momento de resolver esta consulta, la determinación de si se debía imponer como medida para que el acto consultado se ajuste al Decreto Ley N° 211 que el pago de los servicios de medición de audiencia deba ser en forma proporcional entre los Canales Contratantes, no era un asunto relevante, toda vez que el H. Tribunal entendía que, efectivamente, al menos respecto del servicio básico *overnight* o nivel 1 el pago sería proporcional.

74. En segundo lugar, la Resolución N° 67 reconoce que "el pago igualitario tiene un mayor impacto que el proporcional para canales pequeños"[43], lo que es consistente con los fundamentos en virtud de los cuales esta parte y la Fiscalía fundamentaron la necesidad de que se imponga como medida la distribución proporcional de pago.

75. Finalmente, la tercera consideración, sostiene que, en definitiva, la razón por la que no se impondrá la medida de pago proporcional no es porque no se considere dicha medida como pro-competitiva, sino porque "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".

76. Esto último, sin embargo, constituye un grave error, a juicio de esta parte. Primero, porque, en circunstancias que todos los canales habían manifestado su disposición para que se establezca un pago proporcional al menos respecto del servicio básico *overnight* o Nivel 1, la necesidad de tener que presentar argumentos adicionales resulta al menos discutible, sobre todo si se considera la naturaleza no contenciosa de este procedimiento y el reconocimiento hecho por el propio H. Tribunal, en orden a que el pago igualitario afecta la competitividad de los canales más pequeños.

---

[42] H. TDLC, Resolución N° 67/2022, ¶6.
[43] H. TDLC, Resolución N° 67/2022, ¶63.

77. Segundo, porque, en realidad, sí existen antecedentes que demuestran que la distribución constituye un factor que afecta la competitividad de los canales más pequeños. Al respecto, no puede olvidarse que se encuentra acompañada a este procedimiento la investigación Rol FNE N° 2663-21, iniciada por la Fiscalía, a fin de elaborar su aporte de antecedentes.

78. En el contexto de esa investigación, la FNE solicitó a cada uno de los Canales Contratantes, información tanto sobre el contrato con Kantar como sobre los pagos hechos a tal empresa desde 2016, así como los ingresos de cada Canal Contratante[44]. En particular, la FNE solicitó que los canales acompañasen "información anual en pesos chilenos, para el periodo desde el año 2016 hasta la fecha del presente oficio, relativa a: (i) Ingresos anuales totales; (ii) Ingresos anuales por avisaje y publicidad total; (iii) Ingresos anuales por avisaje y publicidad, desagregado solamente para los 5 mayores clientes de cada año; y, (iv) Utilidad neta anual total.".

79. Lo anterior supone, entonces, que cuando la Fiscalía consideró que "la regla de pago igualitario es soportado desigualmente por los canales" o que "dicha regla tiene el potencial de entorpecer la entrada de nuevos competidores y afectar el crecimiento de fuentes de presión competitiva para los incumbentes", o que "la regla de pago en cuotas o fracciones igualitarias puede suponer una barrera a la entrada a la industria televisiva, atendido el carácter de insumo esencial de los servicios de medición de audiencia, cuestión que supone un riesgo unilateral del tipo exclusorio", tuvo presente los antecedentes relativos a cómo ese pago afectada la competitividad de los canales más pequeños.

80. Por lo demás, y en tercer lugar, debe tenerse presente que esta parte, a fojas 307, acompañó una serie de documentos que demuestran que La Red es un canal de ingresos y niveles de audiencia significativamente menores, comparado con los restantes canales de la televisión abierta[45].

---

[44] Fiscalía Nacional Económica, Investigación Rol N° 2663-21 FNE, Oficios Ord. N° 925, 926, 927, 934, 935, 937 y 938.

[45] En particular, La Red acompañó los siguientes documentos a este procedimiento: (i) Estados Financieros de La Red, correspondientes a los años 2019, 2020 y 2021; (ii) Estados Financieros de TV Más SpA, correspondientes a los años 2019, 2020 y 2021; (iii) Estados Financieros de TVN, correspondientes a los años 2019, 2020 y 2021; (iv) Estados Financieros de Megamedia S.A., correspondientes a los años 2019, 2020 y 2021; (v) Estados Financieros de Red de Televisión Chilevisión S.A., correspondientes a los años 2019, 2020 y 2021; (vi) Estados Financieros de Canal 13 SpA, correspondientes a los años 2019, 2020 y 2021; (vii) Noticia publicada en Publimetro, de fecha 17 de marzo de 2021, titulada "Campaña #ApagaLaRed fue un fracaso: canal logró su mejor rating del año [5 puntos]"; (viii) Noticia publicada en Pulso, de fecha 15 de septiembre de 2021, titulada "Escáner al negocio de la TV: ventas suben, pero siguen bajo el nivel prepandemia; Chilevisión es el canal que más gana y La Red es el único en rojo"; (ix) Noticia publicada en ElFiltrador.com, de fecha 15 de septiembre de 2021, titulada "La Red es lejos el canal que más pérdidas reportó durante primera parte del año"; (x) Noticia publicada en Anda.cl, de fecha 11 de enero de 2022, titulada "Audiencias: Chilevisión fue el canal más visto de 2021"; (xi) Noticia publicada en Pulso, de fecha 13 de abril de 2022, titulada "Ingresos de los canales de televisión subieron 27% en 2021"; (xii) Documento titulado "Panorama-TV-2019", elaborado por Kantar-Ibope-Media; (xiii) Documento titulado "Informe-Inversión-en-Medios_Diciembre_2021_env.pdf",

81. De este modo, no sólo no es efectivo de que no se contaren con antecedentes que demuestren que el pago igualitario constituya un factor que afecte de forma relevante la competitividad de los canales más pequeños, sino que, además, de haber analizado esos antecedentes –todos públicos, por lo demás– el H. Tribunal habría podido concluir, por ejemplo, que lo que le paga La Red a Kantar en virtud de los contratos de servicios de medición de audiencia equivalen a más del 10% de sus ingresos totales por actividades ordinarias.

82. Este contrato, en otras palabras, da cuenta por sí solo de un insumo que equivale a más del 10% de los ingresos de nuestra representada, en circunstancias que, si se hace un cálculo similar respecto de algún canal con mayores niveles de audiencia, se tendrá que el pago que ese canal hace a Kantar equivale a aproximadamente el 0,5% de sus ingresos ordinarios, de lo que se sigue que, en términos proporcionales, La Red paga aproximadamente 20 veces más que sus competidores, si se mide el precio en comparación con los ingresos ordinarios, teniendo tales competidores incidencia directa en el nivel de precios que le corresponde pagar a nuestra representada.

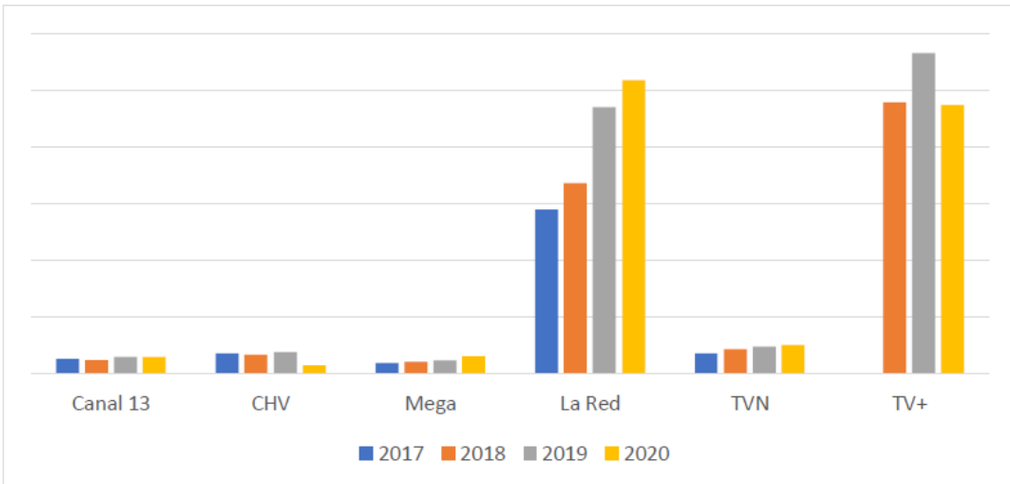
83. Este mismo ejercicio, de hecho, fue realizado por la Fiscalía en su aporte de antecedentes, con el objetivo de mostrar cómo la distribución de la forma de pago de contrato puede afectar de diferente forma a los canales. En este sentido, el siguiente gráfico –elaborado por la FNE– "muestra el monto pagado por los canales para acceder al servicio básico, conocido como *overnight*, respecto a sus ingresos anuales totales"[46], el que demuestra que el costo del servicio "representa un porcentaje muy menor de los cuatro canales más grandes de televisión abierta, mientras que para La Red y TV+, canales relativamente más pequeños respecto a los otros, esta relación se incrementa significativamente", lo que "muestra que la regla del pago igualitario tiene un mayor impacto en los canales pequeños" [47].

elaborado por la Asociación de Agencia de Medios; (xiv) Documento de elaboración propia, a partir de la base de datos de Kantar Ibope Media con que cuenta La Red, en el que consta el ranking, de acuerdo con su *rating*, de todos los programas emitidos en la televisión abierta durante el año 2021, en formato xls; y, (xv) Documento de elaboración propia, a partir de la base de datos de Kantar Ibope Media con que cuenta La Red, en el que consta el *rating* promedio de los canales de televisión abierta durante los años 2019, 2020 y 2021, en formato xls.

[46] FNE, Aporte Antecedentes, p. 39.

[47] FNE, Aporte Antecedentes, p. 39.

Gráfico N° 6: Costo servicio *overnight* respecto de ingresos canales TV abierta, % [2017-2020]
(Versión pública[137])



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

84. Finalmente, cabe señalar que la FNE ilustra la afectación que genera el pago igualitario, señalando que, de hecho, "en el año 2017, TV+ no contrató el servicio online, a pesar de la importancia que tiene el rating para el avisaje publicitario" [48]; y, en ese mismo sentido, nuestra representada puede agregar que, dada su situación financiera, para este año 2022 tampoco tenía los recursos para pagar ese servicio; y que, incluso, durante algunos meses del año le fue suspendido el servicio básico, por no haberlo podido pagar a tiempo, ya que, como se ha demostrado, el costo de tener que pagar este servicio en partes iguales, multiplica el costo en al menos 3 veces para La Red, convirtiéndolo en uno que afecta de forma relevante su competitividad.

****

85. En suma, la Resolución N° 76/2022 ha omitido que el costo de contratar los servicios de medición de audiencia y censo televisivo equivale a un porcentaje relevante de los ingresos de los canales de menor envergadura, como La Red, por lo que afecta de forma relevante su competitividad en el mercado. Lo anterior es consistente con lo concluido por la propia FNE, en base a antecedentes concretos.

[48] Fiscalía Nacional Económica, Aporte Antecedentes, p. 40.

D. <u>Tercer argumento</u>: El pago proporcional es un elemento común en la industria tanto a nivel nacional para repartir pagos en general, como a nivel internacional para pagar el servicio de rating

86. Uno de los argumentos que se han señalado para argumentar en contra del pago proporcional, ha sido que la contratación conjunta de servicios de medición de audiencia, históricamente y, desde siempre, se habría pagado en parte iguales ente todos los Canales Contratantes.

87. Más allá de que ese argumento, en sí mismo, no permite justificar que el pago en partes iguales sea el más idóneo, desde la perspectiva de la libre competencia, igualmente corresponde matizarlo. Lo anterior, porque si bien es efectivo que los Canales Contratantes han pagado hasta ahora ese contrato en partes iguales, ello no significa que todos los demandantes de los servicios de medición de audiencia hayan concurrido al mismo en partes iguales a las de los demás actores de su mercado.

88. En efecto, tal como advirtió la Fiscalía en su aporte de antecedentes, las agencias de medio también tienen un acuerdo de compra conjunta de los servicios de medición de audiencia, conforme con el cual todas las agencias se comprometen a pagar un monto fijo de UF 1.045 mensuales por el servicio *overnight*. La diferencia entre ese esquema tarifario con el de los canales de televisión abierta, señala la FNE, "es que las agencias se distribuyen el pago de acuerdo con la cantidad de inversión publicitaria en la televisión abierta. Por ello, cada semestre se actualiza el monto que va a pagar mensualmente cada agencia, en los meses de febrero y agosto" [49].

89. El hecho de que existan dos formas distintas de distribuir los costos entre los demandantes de este servicio –una, conforme a pagos idénticos entre las partes; y, otra, de acuerdo con pagos a prorrata de alguna medida que se establezca– hace que, desde un inicio, se pueda criticar a este contrato por no contener, verdaderamente, condiciones objetivas, generales y no discriminatorias de contratación.

90. Atendido lo anterior, la pregunta que surge, tal como la hizo la Fiscalía en su intervención en la audiencia pública, es ¿cuál es el mecanismo correcto?, pues si las condiciones de contratación deben ser objetivas, generales y no discriminatorios, uno de los dos mecanismos no cumple con esa regla[50].

---

[49] Fiscalía Nacional Económica, Aporte Antecedentes, p. 27.
[50] Intervención FNE, Audiencia Pública, Minuto 3:39:34.

91. Al respecto, esta parte comparte la apreciación de la Fiscalía en la misma audiencia, en la que sostuvo que "siendo conscientes de que los canales de televisión, que participan y diseñan este proceso de selección, son los principales clientes y también son su mayor fuente de financiamiento, es necesario establecer resguardos para evitar que en la dinámica competitiva en el proceso de oferta de los servicios a terceros, sean canales de televisión abierta, posibles, futuros, potenciales competidores de quienes participan en este proceso de elección, tengan también iguales resguardos"[51].

92. Ese resguardo al que se refiere la Fiscalía es, precisamente, la distribución del pago conforme con un mecanismo proporcional.

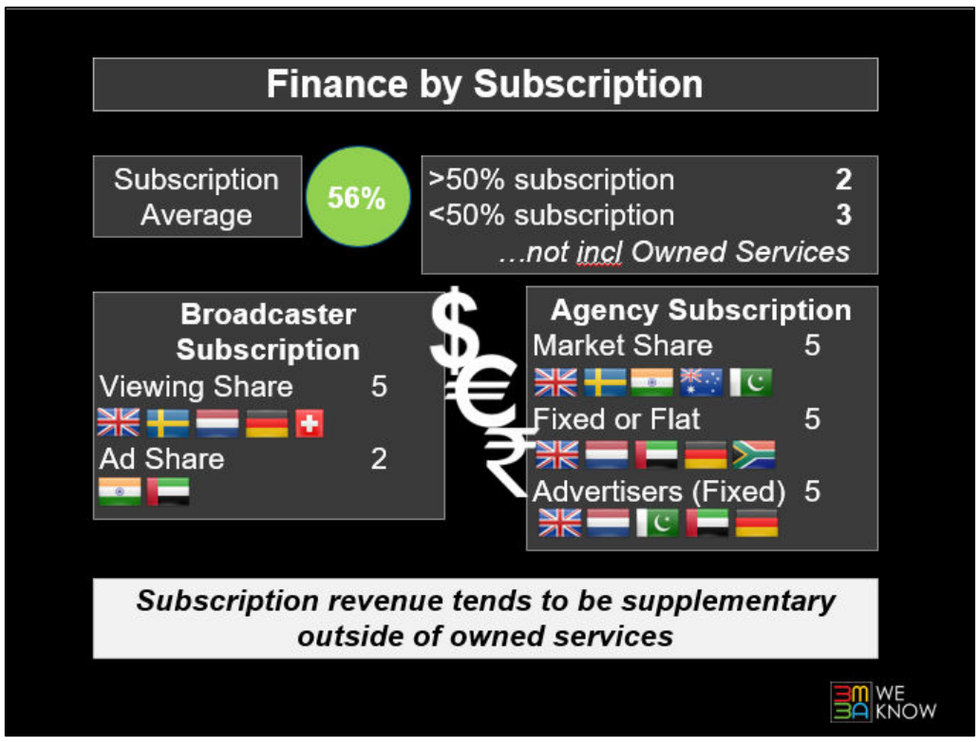
93. Por lo demás, no puede olvidarse que, en general, esa es la forma de distribución tradicional que existe en esta industria. Sin ir más lejos, los Estatutos de la Asociación Nacional de Televisión A.G. disponen:

> El monto de las cuotas ordinarias se fijará por mayoría absoluta de la Asamblea. Su composición comprenderá una cantidad fija y una cantidad variable. Esta última se dejará de acuerdo al porcentaje que cada asociado le corresponda según su facturación en los ingresos publicitarios percibidos por el total de los asociados al 31 de diciembre en sus respectivos ejercicios del año anterior[52].

94. Finalmente, cabe agregar que en la experiencia comparada lo usual también es que los costos de los servicios de medición de audiencia se distribuyan según algún criterio de proporcionalidad.

95. En este sentido, consta en el expediente de investigación la información consignada por la consultora internacional experta en la materia –3M3A–, la que sostuvo que, en general, los países que se considera que tienen los sistemas de medición más avanzados y son aquellos, como Suecia, Países Bajos, Reino Unido y Noruega, y todos ellos tienen, según se verá en la lámina siguiente, recogida de un estudio de 3M3A, algún criterio de proporcionalidad para distribuir el pago:

[51] Intervención FNE, Audiencia Pública, Minuto 3:39:40.
[52] Estatutos Anatel, artículo 10.



Fuente: 3M3A

****

96. En suma, existen una serie de ejemplos en la industria en que se recoge el criterio de que los pagos se hagan a prorrata de los niveles de audiencia entre los Canales Contratantes, de modo que no existe ninguna razón para que, en este caso, que incide directamente sobre la estructura de costos, se haga de una manera diferenciada, afectando así a los canales de menores ingresos y su capacidad de poder competir.

E. <u>Cuarto argumento</u>: El voto de minoría recoge de manera precisa todos estos argumentos, sin que exista ningún argumento en el voto de mayoría que se haga cargo de ellos

97. Finalmente, es importante hacer presente que la medida solicitada por esta parte en su aporte de antecedentes, y reiterada en este recurso de reclamación, consistente en que el pago de los servicios de medición de audiencia se haga a prorrata de los niveles de audiencia de los Canales Contratantes, y no en partes iguales, fue expresamente considerada por las Ministras Srsa. Gorab y Domper en el voto de minoría de la Resolución N° 76/2022.

98. Dicho voto es relevante, no tan solo porque recoge lo solicitada por esta parte, por la Fiscalía y por TV+, respecto de la forma de distribuir el pago del contrato, sino también por la sólida fundamentación que entrega.

99. En efecto, la decisión de la minoría en orden a exigir que el pago de los servicios de medición de audiencia sea a prorrata se justifica en una serie de consideraciones que no fueron en ningún caso desmentidas por el voto de mayoría. En este sentido, es preciso considerar que este voto considera, entre otras, las siguientes consideraciones para fundar su decisión:

a. Que, efectivamente, existe una asimetría significativa en relación con el pago del servicio *overnight* en el período 2017-2020[53]. El voto de mayoría, en cambio, no se hace cargo sobre este punto, pues únicamente señaló que no existían antecedentes al respecto, a pesar de que, como se acreditó, sí existían diversos documentos acompañados que acreditaban ese punto.

b. Que, efectivamente, la regla de pago igualitario produce un impacto negativo en los canales pequeños[54]. Este punto es reconocido por el voto de mayoría, al reconocer que "el pago igualitario tiene un mayor impacto que el proporcional para canales pequeños" lo que es indicativo de la falta de fundamentación de este último. Por lo mismo, carece de sentido que dicho voto no se haya pronunciado en favor de exigir que el pago se haga en forma proporcional como medida.

c. Que, efectivamente, el servicio de medición de audiencias constituye un insumo estratégico para competir en el mercado de televisión abierta[55]. El voto de mayoría, a pesar de compartir el carácter estratégico del servicio, no se hace cargo de este punto al momento de resolver si imponer o no alguna condición relativa a la forma de distribuir el pago de los servicios.

[53] "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" (H. TDLC, Resolución N° 76/2022, Voto de Minoría, ¶11).

[54] "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)" (H. TDLC, Resolución N° 76/2022, Voto de Minoría, ¶12).

[55] "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" (H. TDLC, Resolución N° 76/2022, Voto de Minoría, ¶13).

d. Que, efectivamente, el pago en partes iguales carece de una justificación razonable[56]. El voto de mayoría no se hace de cargo de explicar por qué. Si el pago igualitario tiene un mayor impacto que el proporcional para canales pequeños, es competitivo mantenerlo como forma de distribución del pago de los servicios.

e. Que, efectivamente, el pago en partes iguales puede devenir en una barrera a la expansión[57]. El voto de mayoría no se hace cargo de este punto, ni considera relevante analizar, tampoco, el riesgo exclusorio que genera la distribución del pago en partes iguales.

f. Que, el que los Canales Contratantes hayan manifestado estar abiertos a la opción de que se realice un pago diferencia, al menos por el servicio básico *overnigh*t o nivel 1, no es suficiente para no imponer una medida al respecto[58]. Al voto de mayoría, en cambio, ese compromiso, al parecer, le fue razonable para no imponer ninguna medida.

Al respecto, en relación con este último punto, la posición que La Red ha manifestado sobre el particular es que si bien considera que el compromiso es un avance relevante, y que no existe ninguna razón para desconfiar de que ese compromiso se vaya a cumplir, igualmente es relevante que el pago proporcional se imponga como medida, y no que quede a la libre disposición de los Canales Contratantes.

****

100. En suma, todas las consideraciones indicadas en los párrafos anteriores dan cuenta de sólidos argumentos para que la Excma. Corte Suprema acoja el presente recurso de reclamación, siguiendo en esta materia al voto de minoría de las Ministras Sras. Gorab y Domper, el que estuvo, como se ha justificado, por "exigir que todos los servicios de

[56] "El pago en partes iguales carece de una justificación económica razonable" (H. TDLC, Resolución N° 76/2022, Voto de Minoría, párrafo 13).

[57] "El pago en partes iguales 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" (H. TDLC, Resolución N° 76/2022, Voto de Minoría, ¶13).

[58] "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)" (H. TDLC, Resolución N° 76/2022, Voto de Minoría, ¶14).

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)"[59].

POR TANTO,

Al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente pedimos: tener por interpuesto recurso de reclamación para ante la Excma. Corte Suprema, en contra de la Resolución N° 76/2022 del H. Tribunal, concederlo y elevarlo para que la Excma. Corte Suprema conozca del mismo y, en definitiva, ordene como condición adicional a las ya existente que, para que la contratación conjunta de servicios de medición de audiencia y de censo televisiva acordada por los canales de televisión abierta se ajuste al Decreto Ley N° 211, los servicios de medición de audiencia y censo televisivo se deben pagar a prorrata de los niveles de audiencia de los canales que lo contraten.

[59] H. TDLC, Resolución N° 76/2022, Voto de Minoría, ¶14.