

EN LO PRINCIPAL: CONTESTA FUNDADAMENTE REQUERIMIENTO PRESENTADO POR LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA; **OTROSÍ:** SOLICITA EXHIBICIÓN DE EXPEDIENTES QUE INDICA.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

JOSÉ MIGUEL GANA E., JUAN CRISTOBAL GUMUCIO SCH., RUBÉN URRUTIA P. y CRISTÓBAL LEMA A., abogados, en representación de **CANAL DEL FÚTBOL SPA** (“CDF”), en estos autos contenciosos caratulados “**REQUERIMIENTO DE LA FNE EN CONTRA DE CANAL DEL FÚTBOL SPA**”, RoI N° **C-411-2020**, a este H. Tribunal respetuosamente decimos:

Estando dentro de plazo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 del Decreto Ley 211 (“DL 211”), **venimos en contestar el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”)** (en adelante indistintamente el “**Requerimiento**”), en el que imputa a CDF¹ haber supuestamente abusado de su posición monopólica, mediante el establecimiento e imposición de una serie de prácticas comerciales a los cableoperadores u operadores de televisión pago (“**OTP**”).

Por las consideraciones de hecho, derecho y económicas que se expondrán, las que pondrán en evidencia que no concurre ninguno de los requisitos para calificar a las prácticas como un abuso de posición dominante ni un acto, hecho o convención que causa o tiende a causar efectos anticompetitivos, solicitamos el completo rechazo del Requerimiento, con expresa condena en costas.

I. RESUMEN EJECUTIVO

Sin perjuicio del desarrollo que realizaremos de los argumentos de esta Contestación, a continuación, exponemos algunas ideas fundamentales de la misma:

- La FNE presentó un confuso Requerimiento, lo que determinó que se acogieran las excepciones dilatorias deducidas por esta parte, y que ha puesto de manifiesto una enorme duda de la propia FNE en cuanto a las conductas denunciadas y los potenciales efectos anticompetitivos de las mismas.

¹ Recientemente -el 17 de enero de 2021- se modificó el nombre comercial de CDF a TNT Sports. Sin embargo, por motivos de facilidad y considerando que su razón social sigue siendo CDF, continuaremos con la denominación original de CDF Básico (TNT Sports 3), Premium (TNT Sports 2) y HD (TNT Sports HD).

Tal es así que en una voltereta sorprendente y decidora, la FNE **modificó sustancialmente aquello que constituía la causa de pedir de su acción**, ya que de manifestar en reiteradas oportunidades y escritos que la conducta reprochada era la aplicación conjunta de determinadas práctica comerciales, las que en dicha forma configuraban un modelo lesivo para la libre competencia, pasó a señalar que cada una de las prácticas constituiría por sí misma una conducta constitutiva de abuso de posición de dominio.

Es decir, modificó en un mes su teoría del caso luego de 4 años de investigación.

- En línea con lo anterior, el nuevo Requerimiento descansa sobre premisas erradas, ignora hechos muy relevantes, desconoce las legítimas razones de negocio y las complejidades de las relaciones de CDF con los OTP y simplemente omite el carácter pro-competitivo y lo beneficioso que ha sido CDF para el fútbol chileno y los consumidores, cuyo acceso al fútbol chileno continúa creciendo y que han visto incrementada la calidad del espectáculo y de su transmisión a lo largo del tiempo, sin pagar más por ello.
- Las “prácticas” que la FNE cuestiona no son más que las cláusulas contractuales acordadas con los OTP, las que surgieron fruto de múltiples y arduas negociaciones a lo largo del tiempo y que son de uso común en esta industria.

Ninguna de ellas fue impuesta por CDF, ya que nuestra representada no tiene ni ha tenido la capacidad de forzar a sus clientes a aceptar determinadas condiciones. Menos aún si consideramos que en sus inicios CDF era una empresa con dificultades financieras cuyos ingresos dependían, casi en su totalidad, de 4 o menos clientes, que, hasta la fecha, siguen representando más del 80% del mercado aguas abajo.

- Así, las condiciones contractuales entre CDF y los OTP no han producido efectos anticompetitivos, sino que, por el contrario, han fomentado la competencia aguas abajo (en vez de la competencia por la cancha), aumentado la cantidad de suscriptores, reducido los precios e incrementado la cantidad de partidos transmitidos. Es decir, se ha entregado un mejor producto, sin que ello haya implicado un mayor precio.
- Asimismo, el desarrollo de CDF no sólo ha potenciado la competencia en la industria televisiva, sino que al mismo tiempo ha permitido entregar mayores ingresos al fútbol, sustentando en gran medida esta actividad de importancia nacional y apoyando a las delicadas finanzas de los clubes chilenos.

- Por lo anterior, sorprende el Requerimiento de la FNE, que no parece ir en protección de la competencia en los mercados ni de los consumidores.
- En particular, la implementación de mínimos garantizados fue acordada con diversos OTP y ha cumplido el importante rol de reducir parcialmente los riesgos de sub-reportaje de suscriptores, atendidas las asimetrías de información existentes en esta industria²; funciona como un incentivo para aumentar la venta de CDF Premium, mejorando la penetración del mismo; y sirve como un mecanismo para evitar la doble marginalización.

Por lo demás, los mínimos garantizados no son arbitrarios, corresponden a un porcentaje o número de suscriptores consistentes con los niveles de penetración existentes, surgiendo respecto de cada OTP bajo circunstancias y particularidades diferentes, sea cuando Telefónica estaba ingresando al mercado en 2006; en el contexto de la adquisición en 2007 por parte de Claro del OTP ZAP - creado en su momento por CDF-; o en 2014 tras un arbitraje con VTR.

- Asimismo, CDF es el primer interesado en fomentar la venta de su producto e invierte recursos considerables en publicidad y promociones que lleva a cabo con los OTP. En un mercado en el que los servicios son ofrecidos por los OTP a través de paquetes de televisión y otros servicios de telecomunicaciones, las acusaciones de la FNE relativas a los precios de reventa y limitación de promociones no tienen asidero alguno en la dinámica competitiva. Los OTP no compiten por canales individuales sino por paquetes (que incluyen las señales premium de nuestra representada y otros servicios de telecomunicaciones), y los precios a público fijados por los OTP para tales paquetes han superado con creces los precios mayoristas que CDF ha mantenido estables a lo largo del tiempo, siendo libres las OTP de fijar los precios y realizar las promociones que estimen convenientes para estos paquetes.

De hecho, múltiples OTP han implementado promociones de paquetes de televisión o multiservicios, incluyendo las señales de nuestra representada, logrando algunos aumentar considerablemente su participación de mercado, lo que evidencia la ausencia de una inhibición a la competencia ocasionada por nuestra representada y, en cambio, que el mercado aguas abajo se ha tornado más competitivo. A mayor

² Tal como es de pleno conocimiento de la FNE, en reiteradas ocasiones los OTP han reportado una cantidad menor de abonados, perjudicando a CDF.

abundamiento, la regulación de las promociones permite a los OTP realizar ofertas bajo costo de las señales premium de CDF a todo tipo de consumidor.

- Al mismo tiempo, la teoría de la FNE del apalancamiento entre la señal básica y las señales premium de nuestra representada es intrincada y alejada de los precedentes relativos a ventas atadas o empaquetadas, obviando que la venta conjunta de las señales de nuestra representada no reúne los requisitos para considerarla anticompetitiva.

Por el contrario, se trata de una práctica comercial pro-competitiva, porque permitió reducir casi a la mitad el precio a público de la señal CDF Premium, aumentando su penetración, lo que implicó que más suscriptores pudieron acceder a la transmisión en vivo de los partidos de fútbol, aumentando el bienestar total de los consumidores.

De acogerse el Requerimiento en este punto, que, dicho sea de paso, implica desconocer las medidas de mitigación acordadas entre la FNE, Turner International Latin America, Inc. (“**Turner**”) y nuestra representada con motivo de la compra de CDF durante 2018, ocasionaría una reducción en la base de suscriptores y obligaría a subir los precios -ya que los altos costos fijos se mantendrían iguales-, afectando en definitiva a los consumidores y a los clubes del fútbol chileno.

- En torno a los efectos alegados en el Requerimiento, la tesis de la FNE sobre una supuesta restricción de la competencia intra-marca se funda en una doble quimera: primero estima que CDF es un monopolio que no tiene sustitutos y luego sostiene que aguas abajo estas limitaciones impiden la única competencia posible, que sería la competencia intra-marca para vender CDF entre los distintos OTP.

H. Tribunal, no existe un mercado aguas abajo en el que CDF se venda como un producto individual e independiente, separado de la parrilla básica. Aunque CDF quisiera que su producto se vendiera sin depender de otros servicios, ningún OTP vende solo las señales premium de CDF, puesto que éstas son adicionales a un servicio amplio de televisión de pago, comprendido por un conjunto de canales básicos, e incluso a paquetes que incluyen telefonía e Internet. Esa es la forma como los OTP compiten aguas abajo y CDF no ha impedido en absoluto dicha competencia, la cual se ha incrementado en el tiempo.

- Siendo evidente para la FNE que los abusos imputados no son más que cláusulas contractuales válidamente acordadas con los OTP, la única explicación para tratar de calificarlas como “prácticas” “permanentes” es evitar artificialmente la

prescripción. En efecto, este tipo de cláusulas están sujetas al estatuto de prescripción que comienza a correr desde la celebración de los contratos, estando prescritas las acciones respecto de las cláusulas contenidas en todos los contratos celebrados con anterioridad al 11 de diciembre de 2017.

- No hay ninguna intencionalidad anticompetitiva en el actuar de nuestra representada, al contrario, el objetivo de CDF es maximizar la distribución de los partidos del fútbol nacional acatando la normativa de libre competencia. En efecto, nuestra representada ha sido objeto de tres investigaciones de la FNE, en 2009 y 2014 por la División Antimonopolios y en 2018 por la División de Fusiones, de las cuales emanaron lineamientos y mitigaciones que nuestra representada ha seguido y obedecido confiando legítimamente en el actuar pasado y consistencia de la autoridad.
- CDF ha actuado de buena fe frente a sus clientes y también ante la FNE. En estas circunstancias es aún más agravante el Requerimiento, especialmente considerando que la multa pedida por la FNE, sin mayor fundamento y desconociendo las atenuantes previstas en el DL 211 y el principio de proporcionalidad, es la más alta que individualmente haya solicitado en toda la vigencia de nuestro sistema de libre competencia, incluso superior a la perseguida en los connotados casos de colusión ampliamente conocidos.
- Por su parte, Turner ha hecho en Chile una inversión multimillonaria muy beneficiosa para el fútbol chileno, que al ser ejecutada por CDF en momentos de graves trastornos por las suspensiones y cancelaciones de los campeonatos de 2019 y 2020 con motivo del estallido social y la pandemia, han llevado a nuestra representada a enfrentar dificultades financieras. Como inversionista extranjero cuesta mucho entender que la misma FNE con quien se discutió en extenso la compra de CDF, que analizó cada uno de los aspectos determinantes de la actividad y prácticas comerciales de CDF, que reconoce las eficiencias de los mínimos garantizados y que aprobó esta adquisición con mitigaciones que regulan expresamente el empaquetamiento entre las señales de CDF -permitiéndolo sin restricciones-, y un arbitraje de oferta final para limitar el poder de negociación de CDF, ahora requiera por tales mínimos garantizados y empaquetamiento, y pida genéricamente al H. Tribunal que imponga medidas para limitar el poder de negociación de CDF.

Es posible comprender que las Divisiones de Fusiones y Antimonopolios cumplen roles diversos y que la aprobación de una operación de concentración no inhibe a la

División Antimonopolios de seguir investigando, pero dicha separación de funciones debe mantener un nivel mínimo de consistencia, no pudiendo llevar al extremo de borrar con el codo lo escrito con la mano, obviando lo dispuesto por el artículo 32 del DL 211.

- En conclusión, no concurriendo ninguno de los requisitos para calificar a las prácticas como un abuso de posición dominante ni un acto, hecho o convención que causa o tiende a causar efectos anticompetitivos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 3 del DL 211, el **Requerimiento debe ser rechazado íntegramente**, con expresa condena en costas.

II. ÍNDICE

I. RESUMEN EJECUTIVO	1
II. ÍNDICE	7
III. CDF HA DESARROLLADO SU PRODUCTO Y SU DISTRIBUCIÓN A TRAVÉS DE UNA CONTINUA EVOLUCIÓN Y NEGOCIACIÓN DE SU RELACIÓN CONTRACTUAL CON LOS OTP, PARA ASÍ MEJORAR SU PRODUCTO PARA LOS CONSUMIDORES Y FORTALECER EL FÚTBOL NACIONAL	11
A. ORIGEN Y DESARROLLO DE UN PRODUCTO ATRACTIVO – RELACIÓN CON LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE FÚTBOL PROFESIONAL (“ANFP”)	11
B. RELACIÓN DE CDF CON LOS OTP – DESARROLLO Y NEGOCIACIÓN DE LOS DIFERENTES CONTRATOS... 12	
1. <i>Realidad de los OTP – Muchos de ellos son empresas multinacionales de tamaño relevante</i>	12
2. <i>Características de los contratos suscritos entre CDF y los OTP – Historia del desarrollo de CDF</i>	15
2.1. Primera etapa: Pago por número de abonados – Propiciado por los OTP y no por CDF.....	15
2.2. Segunda etapa: Venta de CDF Premium en la parrilla básica a todos los abonados del OTP llamado ZAP, filial de CDF	17
2.3. Tercera etapa: A partir del ingreso de Telefónica, se creó la señal CDF Básico que se incorporaría en su parrilla básica, se garantizó un 10% de abonados a CDF Premium y se redujo considerablemente el precio de CDF Premium.....	18
2.4. Evolución de la tercera etapa, adopción por otros OTP y aumento de penetración de CDF Premium20	
2.5. Cuarta etapa: Los aspectos fundamentales de los contratos se han mantenido constantes, se desarrollan señales con mayor contenido y mejor calidad de imagen para beneficiar a consumidores finales, sin aumentar el precio mayorista que pagan los OTP.....	22
C. LOS BENEFICIOS DE CDF PARA EL FÚTBOL NACIONAL: INGRESOS SIGNIFICATIVOS QUE SE DESTINAN PRINCIPALMENTE A LOS CLUBES DEL FÚTBOL NACIONAL DE LA PRIMERA A Y PRIMERA B, PERMITIENDO EL DESARROLLO Y MEJORA DE LOS CLUBES Y DE LOS TORNEOS	26
IV. PERMANENTE COMPROMISO DE CDF CON LA NORMATIVA DE LIBRE COMPETENCIA – HA EXISTIDO UN CONTINUADO Y MINUCIOSO CONTROL SOBRE SU GESTIÓN POR PARTE DE LA FNE 28	
A. INVESTIGACIÓN DE LA FNE DEL AÑO 2009 – DENUNCIA ARCHIVADA POR SUPUESTA NEGATIVA DE VENTA AL OTP P&P	29
B. INVESTIGACIÓN DE LA FNE DEL AÑO 2014 – DENUNCIA ARCHIVADA POR SUPUESTA VENTA ATADA DE CDF PREMIUM Y CDF HD	30
C. LA FNE AUTORIZÓ LA COMPRA DE CDF. LA TRANSACCIÓN APROBADA CONTEMPLA EMPAQUETAMIENTO DE SEÑALES, MÍNIMOS GARANTIZADOS, PAGO A LA ANFP Y LA IMPLEMENTACIÓN DE MITIGACIONES QUE MORIGERAN EL PODER DE NEGOCIACIÓN DE CDF	32
V. BAJO UNA DEFINICIÓN DE MERCADO ADECUADA, CDF NO TIENE UN MONOPOLIO NI A NIVEL MAYORISTA NI MINORISTA Y RECIBE PRESIÓN COMPETITIVA DE MÚLTIPLES ACTORES EN AMBOS NIVELES - LA FNE DEFINE EL MERCADO EN FORMA ERRÓNEA.....	37
A. LA FNE CONFUNDE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL CON DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE Y CARACTERIZACIÓN DE UN AGENTE ECONÓMICO COMO MONOPOLIO.	38
B. LAS DEFINICIONES DE MERCADOS RELEVANTES PROPUESTAS POR LA FNE SON ANTOJADIZAS Y EXCESIVAMENTE ESTRECHAS O AMPLIAS, SEGÚN SU CONVENIENCIA, LLEVANDO A GRAVES CONTRADICCIONES E INCONSISTENCIAS	40
C. LA FNE DEFINE MERCADOS RELEVANTES SIN CONSIDERAR LA DINÁMICA EFECTIVA DE ESTA INDUSTRIA, CUYA CARACTERÍSTICA PRIMORDIAL ES FUNCIONAR EN BASE A PAQUETES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES	45
D. HACIA UNA CORRECTA DEFINICIÓN DE MERCADO –CDF NO OSTENTA MONOPOLIO ALGUNO	48
VI. NO CONCURREN LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 3 INCISO 1º Y LETRA B) DEL DL 211 PARA SANCIONAR A CDF: NO HA EXISTIDO UN ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE; NADA HA SIDO IMPUESTO POR CDF, SINO ACORDADO CON LOS OTP; HAN EXISTIDO EFECTOS POSITIVOS Y PRO-COMPETITIVOS; Y NO SE HA MENOSCABADO LA LIBRE COMPETENCIA.....	50
A. ¿QUÉ IMPUTA LA FNE EN ESTE NUEVO REQUERIMIENTO?	51
B. CDF NO HA IMPUESTO PRÁCTICAS COMERCIALES NI CLÁUSULAS CONTRACTUALES A LOS OTP Y SU MODELO NO RESULTA LESIVO PARA LA LIBRE COMPETENCIA	52

1.	CDF no ha impuesto cláusulas ni prácticas comerciales a sus clientes, puesto que siempre ha negociado con OTP con gran poder de compra y ha celebrado contratos que sean mutuamente aceptados y aceptables	53
2.	Las condiciones contractuales entre CDF y los OTP surgieron a partir de diversas negociaciones, ajustes y modificaciones contractuales realizadas a lo largo del tiempo; no fueron implementadas de un momento a otro	54
C.	NO CONCURRE NINGUNO DE LOS ELEMENTOS PARA CALIFICAR LAS PRÁCTICAS COMERCIALES, CONSIDERADAS INDIVIDUALMENTE O COMO UN CONJUNTO, COMO UN ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE	55
1.	Sin importar cómo se definan los mercados relevantes, CDF no ostenta posición monopólica o al menos no puede actuar con independencia de los OTP quienes mantienen un importante poder de compra	56
1.1.	Independientemente de la forma en que se definan los mercados, CDF carece de posición monopólica.....	56
1.2.	La FNE no hace ninguna distinción temporal para atribuir una supuesta posición de dominio y poder de negociación a CDF, soslayando las evidentes diferencias en cuanto a su situación y la de sus contrapartes en el mercado.....	58
1.3.	CDF no puede actuar con independencia de los OTP quienes mantienen un importante poder de negociación (poder de compra).....	59
2.	Las conductas no han producido, ni son capaces de producir, efectos anticompetitivos. Por el contrario, generan eficiencias	63
2.1.	La cláusula de abonados mínimos garantizados atenúa el problema de sub reporte de suscriptores, elimina el problema de doble marginalización y fomenta la venta de las señales premium de CDF, sin ser arbitrario el nivel de suscriptores garantizados acordados con los OTP.....	64
2.1.1	La FNE reconoce efectos procompetitivos a esta práctica	65
2.1.2	Los mínimos garantizados son un instrumento frente a la importante asimetría de información existente entre CDF y los OTP, lo que se ha manifestado en que algunos de los OTP informan una cantidad de suscriptores sustancialmente menores a los efectivos y en dificultades para auditarlos. ...	65
2.1.3	Los mínimos garantizados son una forma de tarificación de común aplicación en la industria – Su surgimiento y características obedecen a razones históricas y de negociación con los OTP.....	68
2.1.4	El nivel de los mínimos garantizados y su estructura no es arbitrario, obedeciendo a objetivos razonables y al resultado de las negociaciones con cada OTP.....	69
2.1.5	Los mínimos garantizados incentivan la venta de las señales premium de CDF y eliminan la doble marginalización y, en la práctica, han hecho aumentar la penetración de sus señales premium .	72
2.1.6	La forma de cálculo de los mínimos garantizados atiende a las necesidades y características de cada OTP y tales mínimos no afectan los costos marginales de expansión de los OTP.	74
2.2.	CDF Básico, CDF Premium y CDF HD corresponden a un único producto que ha permitido aumentar la oferta y disminuir los precios; mientras que la distribución universal de CDF Básico sirve como herramienta de marketing y para paliar las asimetrías de información.....	76
2.2.1	La creación y mantención de CDF Básico como parte del producto de CDF permitió reducir significativamente el precio de sus señales premium, aumentar su penetración y mejorar el producto ofrecido a los consumidores	77
2.2.2	La distribución universal de CDF es una herramienta de marketing relevante para sus señales premium y, al mismo tiempo, permite un monitoreo imperfecto de la cantidad de suscriptores.....	79
2.2.3	CDF Básico es parte de un producto atractivo, tiene un rating relevante y una amplia variedad de contenidos, los que se han ido incrementando considerablemente.....	80
2.2.4	La venta conjunta de las señales de CDF que conforman su principal producto no reúne los requisitos de una venta atada anticompetitiva	82
2.2.4.1.	Las tres señales de CDF componen un único producto, es decir, no existen dos productos diferentes que se puedan vender atadamente	83
2.2.4.2.	Bajo cualquier definición plausible de mercado, CDF no ostenta monopolio ni posición dominante alguna y, además sus señales premium no tienen la naturaleza de <i>must-have</i>	83
2.2.4.3.	No se produce ningún efecto anticompetitivo, real ni potencial, como consecuencia de la venta conjunta de las señales de CDF.....	84
2.2.4.4.	Existen múltiples razones comerciales legítimas que justifican la venta conjunta realizada por CDF y de la exigencia de distribución universal de CDF Básico	84
2.3.	La cláusula de limitación de venta bajo costo obedece a una razón histórica que no ha generado una restricción activa ni relevante para la estrategia de precio de los OTP, ni ha entorpecido ni restringido la libre competencia	85
2.3.1	Razonabilidad histórica de esta cláusula.....	86
2.3.2	La limitación de venta bajo costo protege el valor de la marca de CDF Premium y CDF HD..	87
2.3.3	La interpretación que las partes han hecho de esta cláusula contractual ha implicado que los OTP han tenido plena libertad para determinar el precio de las señales premium y de sus paquetes – La cláusula de limitación de venta bajo costo permite incluir las señales en paquetes y ha tenido nula aplicación práctica, por lo que no puede perjudicar la libre competencia	88
2.3.4	CDF no busca inhibir la competencia aguas abajo, porque su objetivo es incrementar el alcance de sus señales	90
2.4.	La regulación contractual de las promociones es una excepción a la limitación a la venta bajo costo y sirve para evaluar las acciones comerciales realizadas, pero no impacta en absoluto la capacidad de los OTP de determinar autónomamente las políticas de precios de sus servicios.....	91
2.4.1	La regulación contractual de las promociones constituye una excepción a la limitación a la venta bajo costo, pretende permitir a CDF monitorear correctamente los suscriptores de los OTP (en	

especial para cobrar adecuadamente por los abonados premium y HD) y evaluar sus propios esfuerzos comerciales y programáticos	93
2.4.2 En los hechos, CDF no puede rechazar o negar una promoción, puesto que los OTP, antes de realizarlas, se las comunican con fines meramente informativos y en muchísimas ocasiones ni siquiera son informadas, cuestión que además es imposible monitorear	94
2.4.3 Los OTP y CDF han tendido hacia una regulación contractual de las promociones que permite a las partes soportar conjuntamente sus costos y fomenta que los OTP realicen este tipo de actividades comerciales	96
2.4.4 Los OTP priorizan la venta de paquetes, cuyos precios son tan superiores a las señales de nuestra representada que quedan fuera de cualquier posible limitación contractual y, por ende, no se ha menoscabado la competencia aguas abajo	98
C. LAS CONDICIONES CONTRACTUALES ENTRE CDF Y LOS OTP AUMENTARON LA PENETRACIÓN, MEJORARON EL PRODUCTO ENTREGADO A LOS CONSUMIDORES Y REDUJERON LOS PRECIOS; TODOS EFECTOS FAVORABLES A LA LUZ DE LA LIBRE COMPETENCIA, POR ENDE, NO PUEDEN CONSTITUIR UN ABUSO DE DOMINANCIA	101
1. La FNE debe acreditar los supuestos efectos anticompetitivos de las prácticas denunciadas.....	101
2. Las condiciones contractuales acordadas entre CDF y los OTP generan tres principales eficiencias que cumplen todos los requisitos exigidos en sede de libre competencia.....	102
2.1. Son veraces.....	107
2.2. Superan con creces los supuestos, pero inexistentes, riesgos de las prácticas cuestionadas...	107
2.3. Es indispensable alcanzarlas a través de estas cláusulas contractuales, convenidas en el contexto de arduas negociaciones con los OTP	107
3. No son efectivos los riesgos que la FNE asocia a los contratos de CDF, en especial considerando que no se han verificado daños a la competencia en más de 14 años	108
3.1. Tratándose de condiciones contractuales que supuestamente han perdurado por más de 14 años, la FNE debiese estar obligada a probar un entorpecimiento o restricción efectiva de la competencia, y no una tendencia a causar dichos efectos	109
3.2. Los riesgos que atribuye la FNE no se conciben con los antecedentes disponibles y, por tanto, debe concluirse que no se han materializado	111
3.2.1 Dadas las características de los paquetes multiservicios y la dinámica de la industria, el comportamiento de CDF no tiene capacidad de inhibir la competencia entre los OTP.....	111
3.2.2 La FNE acude a una confusa teoría de apalancamiento, ventas atadas y extracción de rentas, sin sustento jurisprudencial ni correlato en su Guía de Restricciones Verticales, siendo que no existe efecto anticompetitivo alguno	113
VII. TAMPOCO CONCURRE EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO INFRAACCIONAL - NO EXISTE CULPABILIDAD PUESTO QUE CDF ACTUÓ ASUMIENDO LA LEGITIMIDAD Y LICITUD DE SU CONDUCTA EN BASE A LAS INVESTIGACIONES DE LA FNE Y TAMPOCO HA IMPUESTO CLÁUSULAS CONTRACTUALES CON OBJETIVOS ANTICOMPETITIVOS A LOS OTP	116
A. LA ACTUACIÓN DE CDF NO AMERITA LA IMPOSICIÓN DE UNA MULTA – ESTA PARTE ACTUÓ BAJO LA CONFIANZA LEGÍTIMA DE QUE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES QUE AHORA LA FNE IMPUTA COMO SUPUESTAMENTE ANTICOMPETITIVAS SE AJUSTABAN A DERECHO. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 32 DEL DL 211	117
1. La investigación instruida en el año 2009 y archivada en 2010 recalcó la relevancia para CDF de contar con información fidedigna de los suscriptores de sus clientes	118
2. La denuncia archivada por la División Antimonopolios de la FNE en 2015 conlleva una declaración de conformidad de la conducta de CDF con el DL 211	119
3. La División de Fusiones revisó en detalle el funcionamiento de CDF y las cláusulas contractuales objeto del Requerimiento y validó su actuar futuro siempre que se ciña a las medidas de mitigación	120
B. NO PUEDE EXISTIR CULPA O DOLO EN EL ACTUAR DE CDF SI ESTE NO HA IMPUESTO A LOS OTP NINGUNA ESTIPULACIÓN CONTRACTUAL CON INTENCIONALIDAD ANTICOMPETITIVA.....	121
VIII. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN: ESTÁ PRESCRITA LA ACCIÓN RESPECTO DE TODAS AQUELLAS PRÁCTICAS ACORDADAS CON LOS OTP EN CONTRATOS CELEBRADOS CON ANTERIORIDAD AL DÍA 11 DE DICIEMBRE DE 2017	122
A. LAS CONDUCTAS CUESTIONADAS (CLÁUSULAS CONTRACTUALES) SE EJECUTAN CON LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS QUE CONTIENEN LAS CLÁUSULAS RELEVANTES Y DESDE ESE MOMENTO COMIENZA A CORRER EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN	122
B. LA ACCIÓN DE LA FNE ESTÁ PRESCRITA RESPECTO DE AQUELLAS PRÁCTICAS ACORDADAS EN CONTRATOS CELEBRADOS CON OTP ANTES DEL 11 DE DICIEMBRE DE 2017.....	125
1. Prescripción en relación con los contratos celebrados con VTR.....	126
2. Prescripción en relación con los contratos celebrados con DirectTV.....	126
3. Prescripción en relación con los contratos celebrados con Telefónica.....	127
4. Prescripción en relación con los contratos celebrados con Claro	127
5. Prescripción en relación con los contratos celebrados con Entel	127

6.	Prescripción en relación con los contratos celebrados con GTD y Telsur	128
7.	Prescripción en relación con los contratos celebrados con Tu Ves	128
C.	EN LA ESPECIE CONCURREN TODOS LOS REQUISITOS DE LA PRESCRIPCIÓN	128
IX. EN SUBSIDIO, SE REBAJE SUSTANCIALMENTE EL MONTO DE LA MULTA Y SE RECHACEN LAS MEDIDAS PREVENTIVAS, CORRECTIVAS O PROHIBITIVAS GENÉRICAS E INDETERMINADAS PRETENDIDAS POR LA FNE		
A.	PARA EL IMPROBABLE CASO QUE EL H. TRIBUNAL ESTIME QUE LA FALTA DE CULPABILIDAD DE CDF NO ES UN EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD, AL MENOS DEBE CONSIDERARSE PARA REBAJAR SUSTANCIALMENTE LA MULTA	129
B.	OTROS ARGUMENTOS POR LOS CUALES CORRESPONDE QUE SE REBAJE LA MULTA PRETENDIDA	129
1.	La multa pretendida por la FNE carece de fundamento cuantitativo y técnico, lo que impide que el H. Tribunal pueda acogerla	130
2.	La multa solicitada por la FNE excede con creces el máximo establecido por el DL 211 vigente a la fecha en que se ejecutaron las prácticas comerciales acusadas	131
3.	Corresponde aplicar el principio de proporcionalidad al fijar la multa – La sanción debe ajustarse con las conductas denunciadas	132
4.	No se verifican las circunstancias agravantes en que se apoya la FNE para intentar determinar la multa de autos	135
4.1.	Los supuestos elementos constituyentes de la gravedad de la conducta no son efectivos.....	135
4.2.	La duración de la conducta señalada por la FNE no puede ser considerada como una circunstancia agravante en la especie.....	137
4.3.	Bajo la teoría de la FNE no existe disuasión posible, por lo que este elemento tampoco puede ser considerado como una agravante	137
5.	En todo caso, debe rebajarse la multa porque concurren respecto de CDF circunstancias atenuantes relevantes	138
5.1.	Esta parte colaboró activamente a lo largo de todos los procesos de investigación seguido por la FNE y, en especial, en la investigación Rol N° 2510-18 FNE que precedió al Requerimiento	138
5.2.	Pese a haber sido investigado en el pasado, CDF no ha sido requerido ni condenado previo al Requerimiento y, por ende, cuenta con irreprochable conducta anterior.....	139
5.3.	Tal como hemos señalado, la actividad de CDF ha generado beneficios a los consumidores y al fútbol chileno.	139
C.	LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS, CORRECTIVAS O PROHIBITIVAS PRETENDIDAS POR LA FNE DEBE SER RECHAZADA – ACTUALMENTE YA EXISTEN MEDIDAS ACORDADAS CON LA FNE QUE TIENEN POR OBJETIVO MITIGAR EL PODER NEGOCIADOR DE CDF	139
X. CONCLUSIONES: NO CONCURREN LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 3 INCISO 1° Y LETRA B) DEL DL 211 PARA SANCIONAR A CDF; EN CUALQUIER CASO, GRAN PARTE DE LOS HECHOS ESTÁN PRESCRITOS; Y, DE TODOS MODOS, CONFORME LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 26 Y 32 Y AL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA, CDF DEBIESE SER EXIMIDO DE LAS MEDIDAS Y MULTAS O ESTAS ÚLTIMAS DEBIESEN SER DISMINUIDAS SUSTANTIVAMENTE		
		142

III. CDF HA DESARROLLADO SU PRODUCTO Y SU DISTRIBUCIÓN A TRAVÉS DE UNA CONTINUA EVOLUCIÓN Y NEGOCIACIÓN DE SU RELACIÓN CONTRACTUAL CON LOS OTP, PARA ASÍ MEJORAR SU PRODUCTO PARA LOS CONSUMIDORES Y FORTALECER EL FÚTBOL NACIONAL

A. ORIGEN Y DESARROLLO DE UN PRODUCTO ATRACTIVO – RELACIÓN CON LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE FÚTBOL PROFESIONAL (“ANFP”)

CDF es un canal de televisión por pago, cuya programación principal consiste en la transmisión de partidos de fútbol del Campeonato Nacional de Fútbol Profesional (“CNFP”), tanto de su “Primera División” como de su “Primera B”³.

Este H. Tribunal ha de saber que previo al surgimiento de CDF no existía en Chile un canal de televisión que se dedicara exclusivamente a transmitir los partidos del CNFP.

Con anterioridad, la ANFP había vendido a los OTP los derechos para transmitir dichos partidos. Fue así como en los años noventa la empresa Cablexpress (hoy VTR) adquirió los derechos y transmitió en exclusiva los partidos del CNFP, hasta que cedió parte de sus derechos a TVN. Luego, a finales de la misma década de los noventa, los derechos fueron adquiridos, por un período de 5 años, por la empresa Sky (hoy DIRECTV), pagando un precio considerado alto para dicha época, del orden de US\$54.000.000 por todo el período, es decir, un poco más de US\$10.000.000 por cada año de contrato.

Los derechos de Sky vencían el año 2002, y sólo ofreció para el período siguiente de 5 años una cantidad cercana a los US\$15.000.000, es decir, US\$3.000.000 por cada año, recalibrando a la baja el monto ofrecido con anterioridad tras la experiencia de haber explotado el producto.

En ese contexto, Jorge Claro Mimica planteó a la ANFP la posibilidad de constituir una sociedad a la que dicha entidad aportaba los derechos de transmisión del CNFP y el señor Claro, a través de la sociedad Gestión de Televisión Limitada (“GTV”) se hacía cargo de todo el financiamiento, asumiendo los riesgos de la inversión, y la administración de la empresa, garantizando a la ANFP ingresos por US\$3.600.000 al año, los que, de no obtenerse, serían financiados por GTV.

³ El CNFP también contempla la denominada “Segunda División”, antigua tercera división, cuyos partidos de fútbol ordinariamente no son transmitidos por CDF.

Es así como, ante los bajos precios que se ofrecieron por los derechos para transmitir el CNFP, y el modelo de explotación desarrollado por Sky, que implicaba tener el fútbol disponible (i) sólo para sus abonados (ii) como producto premium y (iii) a un precio elevado, la ANFP aceptó la oferta y se inició la negociación para la creación de CDF, que se transformaría en un canal de pago que sería ofrecido a los OTP.

Cabe recordar que, a dicha época, el fútbol nacional se encontraba en un momento delicado, derivado, por ejemplo, de la circunstancia que Colo-Colo estaba en quiebra, y Chile venía de ser último en las eliminatorias al mundial Japón Corea de 2002.

B. RELACIÓN DE CDF CON LOS OTP – DESARROLLO Y NEGOCIACIÓN DE LOS DIFERENTES CONTRATOS

La distribución principal del producto de CDF se realiza a través de los OTP, quienes ofrecen su señal CDF Básica como parte de la parrilla básica y CDF Premium y CDF HD como servicios adicionales, sin que CDF tenga injerencia en ello, ni cuente con ningún tipo de información sobre el número real de abonados y el nivel de esfuerzo de venta realizado por los OTP. Más aún, CDF Premium y HD no sólo son comercializados como suplementos a la parrilla básica de los OTP, sino que además los ofrecen en paquetes con otros servicios, como Internet banda ancha y telefonía.

Para maximizar tal distribución, a lo largo de los años CDF ha ido negociando contratos con los distintos OTP para regular los derechos y obligaciones de las partes. Se trató en principio de contratos con VTR, Metrópolis y Sky (hoy DIRECTV), en que todos los riesgos del negocio los asumía CDF, pasando por la creación de su propio OTP (ZAP), a los contratos actuales mediante los cuales se incrementó considerablemente la penetración del producto, se logró una rebaja en el precio mayorista de CDF Premium y HD y, principalmente, ha permitido que el producto haya mejorado con el tiempo, manteniendo el precio de venta; todo ello en directo beneficio del consumidor.

En este sentido, es evidente que cada cláusula contractual y su configuración específica surge y obedece a circunstancias particulares de cada negociación y OTP.

1. Realidad de los OTP – Muchos de ellos son empresas multinacionales de tamaño relevante

Los OTP existen con anterioridad a la creación de CDF en el año 2003. De hecho, en aquel entonces, existían dos principales OTP que concentraban prácticamente la

totalidad del mercado aguas abajo. Tal como establece la Resolución N°01/2004 dictada por el H. Tribunal, que autorizó la fusión entre VTR y Metrópolis, dichas compañías alcanzaban en conjunto casi el 90% de participación de mercado: VTR con un 58,3% y Metrópolis con un 30,1%⁴.

Es decir, nuestra representada, quien en ese momento era un **entrante en el mercado de los proveedores de canales**, enfrentaba un relevante poder oligopólico de los OTP, que luego de la fusión de VTR con Metrópolis fue monopsónico⁵, al negociar con éstos los contratos para la distribución y exhibición de su Señal CDF, lo que implicó que tuviera que aceptar condiciones contractuales que beneficiaban fundamentalmente a los OTP y entregaban el riesgo del negocio a nuestra representada, impidiendo incluso ofrecer mejores condiciones comerciales a otros OTP.

Lo cierto es que aquellos riesgos se plasmaron en los acuerdos de distribución que suscribió CDF en esa época, los que fueron negociados y suscritos simultáneamente con los tres OTP existentes en dicha época (VTR, Metrópolis y Sky) en términos equivalentes y a partir de su poder negociador.

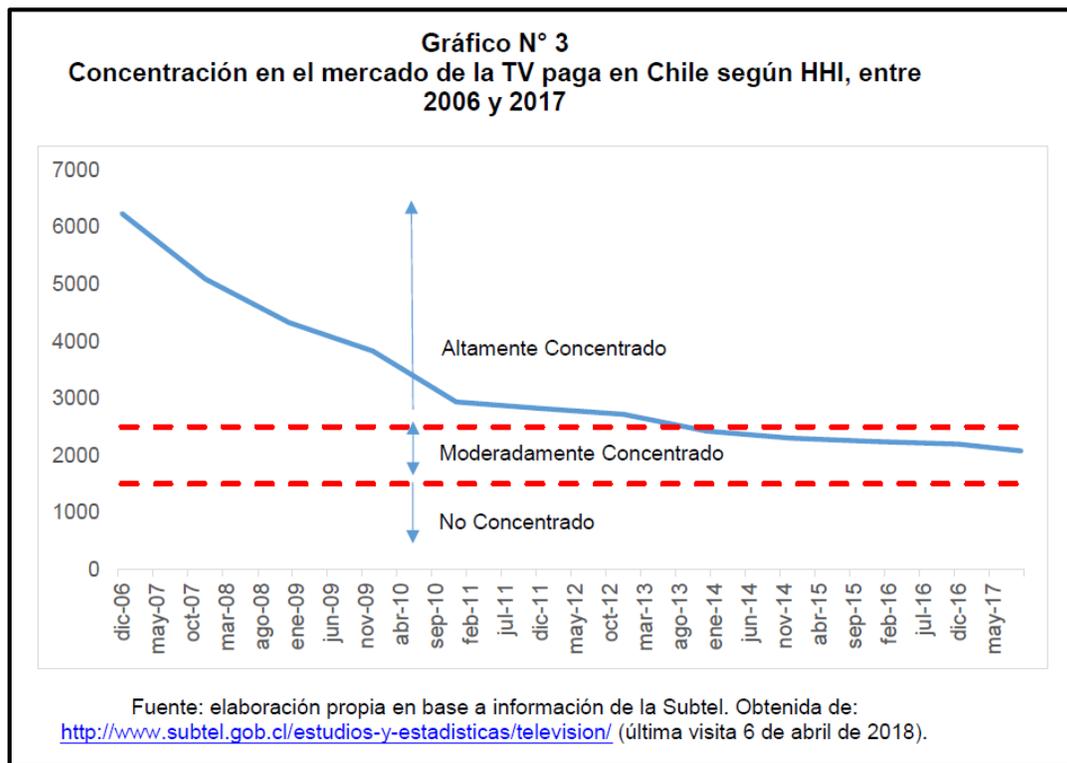
Posteriormente, a partir del año 2006 ingresan al mercado de TV Paga los OTP con presencia internacional, Telefónica y Claro (en un inicio como Telmex), los que rápidamente alcanzaron importantes participaciones en este mercado. Por ejemplo, al año 2010, Telefónica registraba una participación de más de un 17,5%, mientras que Claro Comunicaciones superaba el 19,2%,⁶ pero el mercado continuaba con altos niveles de concentración a nivel de OTP, especialmente en los primeros años de operación de CDF.

⁴ Por su parte, SKY era el tercer actor con una participación muy menor de 8,1%.

⁵ Así fue reconocido por la FNE y el H. Tribunal en el proceso no contencioso de consulta sobre la fusión de VTR y Metrópolis. La FNE señaló que: **“7.3 Potenciales efectos anticompetitivos en el mercado de adquisición de contenidos: la posición dominante de las empresas fusionadas puede significar una importante barrera de entrada, toda vez que es presumible la presencia de un poder monopsónico en los contratos con los proveedores de señales a nivel nacional.”** Procedimiento No Contencioso Rol N° NC-02-2004, presentación de FNE de fecha 9 de junio de 2004, p. 20. Énfasis agregado. Por su parte, el H. Tribunal fue incluso más categórico y preciso, señalando que: “Es importante tener presente la posibilidad de que la posición dominante de la eventual empresa fusionada pueda derivar en un poder monopsónico en los contratos con los proveedores de señales a nivel nacional, que podría materializarse en la forma de negativa injustificada de compra y/o en el ofrecimiento de precios que no dicen relación con las condiciones de mercado.” Resolución TDLC N°01/2004 de fecha 25 de octubre de 2004, p. 43. Énfasis agregado.

⁶ Participaciones a diciembre de cada año, provenientes de datos públicos de Subtel, disponibles en <https://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/television/>.

El siguiente gráfico elaborado por el H. Tribunal⁷ da cuenta de la concentración expuesta⁸:



El referido **poder de compra o de contrapeso de los OTP para con CDF no provenía únicamente de esta concentración y elevada participación de mercado**, sino que se incrementa aún más por, al menos, las siguientes razones que son expuestas en detalle con posterioridad en este escrito:

- (i) Porque la televisión de pago no enfrentaba presión competitiva de otras formas de distribución de contenido audiovisual, como la televisión abierta, el arriendo de vídeos o DVD y las visitas al cine⁹.
- (ii) CDF tampoco podía exponerse a no llegar a acuerdo con alguno de estos relevantes actores, ya que, en tal caso, perdía el 100% de sus ingresos por los abonados de dicho OTP, no obstante mantener sus costos.

⁷ Sentencia TDLC N°161/2018 de fecha 06 de abril de 2018, c. 31.

⁸ Tal es así que, en los autos no contencioso sobre Consulta de VTR sobre alzamiento de condiciones impuestas por la Resolución N°1/2004, Rol N° NC-459-2019, la propia FNE reconoció que “*Si analizamos la evolución que ha sufrido este mercado de acuerdo al índice Herfindhal Hirschman (‘HHI’), resulta evidente que el ingreso de nuevos operadores ha implicado un cambio en la concentración de mercado, que se ve reflejada en una disminución relevante de dicho índice. Dicho índice ascendía a 6.230 en diciembre de 2004, mientras que a marzo de 2019 correspondía a 2.034.*” Procedimiento No Contencioso Rol N° NC-459-2019, presentación de FNE de fecha 13 de diciembre de 2019, p. 49. Énfasis agregado.

⁹ Resolución TDLC N°01/2004 de fecha 25 de octubre de 2004, p. 40.

- (iii) El poder negociador de los OTP se incrementó considerablemente a partir del aumento en la penetración de la televisión de pago en los hogares en Chile¹⁰.

Como se puede apreciar, por todas estas circunstancias y características propias de la industria de telecomunicaciones y de los OTP, CDF carecía, y hasta la fecha aún carece, de un poder negociador que le permitiese disciplinar o imponer condiciones contractuales a las empresas encargadas de la distribución minorista de servicios de televisión de pago, dentro de los cuales se encuentran sus señales.

2. Características de los contratos suscritos entre CDF y los OTP – Historia del desarrollo de CDF

La FNE plantea en su Requerimiento que el esquema contractual entre CDF y los OTP sería prácticamente el mismo desde 2006 hasta ahora, llegando a afirmar que CDF habría tenido tal poder negociador que dificultaba una real y efectiva negociación con los OTP.

La verdad es que aquello no es efectivo, no sólo por la falta de poder negociador de CDF, sino que, además, porque las relaciones contractuales con los OTP han tenido diversas modificaciones, principalmente influenciadas por los intereses de los OTP, por el desarrollo del producto y por un permanente afán de nuestra representada por mejorar sus prestaciones.

Si bien el Requerimiento no menciona la existencia de contratos, son éstos los que contienen las obligaciones mutuas para con los OTP, por lo que el análisis de la conducta de CDF y las condiciones comerciales que determinan su actuar no pueden desligarse del análisis de los contratos suscritos con los distintos OTP y de su origen y negociación.

2.1. Primera etapa: Pago por número de abonados – Propiciado por los OTP y no por CDF

Paralelamente a la constitución del CDF, se iniciaron negociaciones con los OTP que existían en dicha época (VTR y Metrópolis -hoy fusionada con VTR- y Sky) para la distribución de la “Señal CDF”. En dicha época aún no existía la tecnología HD.

¹⁰ Tal como puede apreciarse, por ejemplo, en los cuadros de informes anuales sectoriales de 2012 y 2019 disponibles en: <https://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/informes-sectoriales-anuales/>.

El esquema propiciado por los tres OTP existentes a esa fecha suponía pagar por números de abonados que contrataran CDF, bajo un modelo de *revenue share* (reparto de ingresos entre CDF y el OTP respectivo). Además, se contemplaba la modalidad denominada *Pay Per View*, que permitía a cualquier cliente que tuviera contrato con algún OTP, pagar para ver un partido en particular, sin contratar CDF. De esta forma, en sus inicios, la tarifa cobrada por CDF a las OTP era lineal, con descuentos que solo podían aplicar las OTP.

En esta primera etapa, fue evidente que se entregó el riesgo completo del negocio a CDF, ya que asumiría todos los costos fijos de la operación de la “Señal CDF”, incluyendo la obligación de garantizar a los clubes ciertas utilidades para que pudieran funcionar, teniendo las OTP un costo marginal cercano a cero por vender dicha señal a público. Este modelo de negocios tuvo a CDF al borde de la quiebra.

La evidencia de que el riesgo estaba completamente en CDF es que:

- La Señal CDF era un producto exclusivamente Premium, por lo que, bajo el modelo de *revenue share*, las OTP sólo pagarían a CDF en la medida de que los abonados contrataran la “Señal CDF”, asegurándose un margen de un 35%;
- CDF no tenía cómo monitorear la efectividad de las cifras de abonados que le entregaban las OTP, lo que en definitiva sería particularmente problemático respecto de las señales premium; y

Adicionalmente, los OTP introdujeron algunas cláusulas comunes para evitar a toda costa cualquier riesgo con el CDF:

- Sólo pagaban a CDF por los abonados que a su vez le pagaran a la OTP, traspasándole incluso el riesgo de la cobranza;¹¹
- CDF no podía pactar con otro OTP contratos con mejores condiciones comerciales.¹²

¹¹ Por ejemplo, en el ya citado contrato celebrado con VTR en abril de 2003, se señala expresamente: “6.1.1 EL DISTRIBUIDOR, en su calidad de distribuidor de la Señal, pagará a GESTIÓN TV y/o la ANFP **un porcentaje de la recaudación que efectúe y perciba** entre sus Clientes Premium...” o bien cuando se dispone “(a) El porcentaje que EL DISTRIBUIDOR pagará a GESTIÓN TV por los materiales televisivos distribuidos será de un 65%. IVA incluido, de lo que **efectivamente recaude** de los Clientes Fútbol.” Énfasis agregado.

¹² Por ejemplo, en el mismo contrato celebrado con VTR, se señala expresamente: “2.1.6. Se deja expresa constancia que el servicio de distribución y exhibición que por este contrato se pacta podrá ser contratado por GESTIÓN TV y/o la ANFP con cualquier otro Operador de TV pagada pero **obligándose a contratarlo con todos los distribuidores en similares condiciones contractuales**. Lo anterior implica que GESTIÓN TV y/o la ANFP garantizan a EL DISTRIBUIDOR que, durante la vigencia del

En resumen, bajo estos contratos, los OTP generaban utilidades con CDF, sin correr riesgo alguno, a diferencia de prácticamente todas las demás señales que significaban un costo para las OTP al ser incluidas en sus parrillas. Adicionalmente, no corregía de manera alguna los problemas de asimetría de información que CDF tenía y tiene respecto de la información de abonados proporcionada por los OTP.

Tan convencidos estaban los OTP de que el emprendimiento comercial de CDF no fructificaría, que en dichos contratos también se incorporó una cláusula para el caso que CDF desapareciera, en virtud de la cual podían exigir a la ANFP que continuara produciendo los partidos y seguir haciendo exigible el contrato hasta la temporada 2005 incluida.

Bajo este esquema, los consumidores podían ver 4 partidos del CNFP en vivo y en directo a un precio a público de \$8.990 (incluyendo IVA) -que ajustado según la variación de Índice de Precios al Consumidor ("**IPC**") hoy correspondería a \$14.367¹³, y previo pago de una parrilla básica.

2.2. Segunda etapa: Venta de CDF Premium en la parrilla básica a todos los abonados del OTP llamado ZAP, filial de CDF

Al asumir CDF todos los riesgos bajo este esquema, nuestra representada se vio en la obligación de crear un nuevo modelo de negocios que permitiera su supervivencia comercial, el que se vinculó con la creación de una OTP denominada ZAP¹⁴. En esta

*presente Contrato, **ningún Operador de TV pagada u otro medio de comunicación audiovisual que distribuya la Señal tendrá, en su conjunto, mejores condiciones comerciales que las estipuladas en el presente contrato para los servicios de que se trata**, dentro de las que se considerarán, a lo menos, sin que implique limitación de ninguna especie, el porcentaje para GESTIÓN TV y la ANFP del precio mensual por abonado, el plazo del contrato y el producto ofrecido. Con todo, en caso que GESTIÓN TV y/o la ANFP contrate con terceros la distribución del contenido materia de este contrato en condiciones que en conjunto resulten ser más favorables para el nuevo distribuidor, ellas deberán ofrecer a EL DISTRIBUIDOR la sustitución de sus condiciones comerciales vigentes por las nuevas convenidas con el tercero, disponiendo EL DISTRIBUIDOR de un plazo de 15 días para aceptar o rechazar las nuevas condiciones. La obligación de no otorgar mejores condiciones comerciales totales a terceros se entenderá en todo caso cumplida con el antedicho ofrecimiento, sea que EL DISTRIBUIDOR lo acepte o no. Énfasis agregado. Asimismo, en la cláusula tercera de ese mismo contrato se establecía, bajo el título de "Garantía de Gestión TV sobre condiciones comerciales y económicas": "Gestión TV y/o la ANFP garantizan a EL DISTRIBUIDOR que, durante la vigencia del presente Contrato, ninguna empresa de televisión por pago que entregue sus servicios en el Territorio tendrá, en su conjunto, mejores condiciones comerciales que las estipuladas en el presente contrato para los servicios de que trata, dentro de las que se considerarán, a lo menos y sin que implique limitación de ninguna especie, el precio mensual por abonado, el plazo del contrato y la Señal ofrecida. Tampoco podrá darse trato preferente en relación a fondos de publicidad, cobertura nacional, capacitación, información de la Señal e incentivos a la comercialización, etc." Clausulas de casi idéntico tenor estaban contenidas en los contratos con Metrópolis y con Sky.*

¹³ La corrección en base al IPC se realizó entre el 01 de enero de 2007 (período en el cual los OTP ya no ofrecían CDF Premium a ese precio) y el 01 de enero de 2021.

¹⁴ El modelo de negocios original de CDF consideraba distribuir CDF a través de una señal UHF codificada. Aquello fue denegado por la Subtel lo que implicó que CDF buscara un modelo de negocios diverso, lo que derivó en el surgimiento del OTP ZAP.

OTP, se incorporaba la “Señal CDF” en la parrilla básica, entregándosele a todos sus abonados.

Esto no fue sencillo, ya que a pesar de ser dueño de ZAP, CDF debía celebrar con este OTP un contrato equivalente al del resto de los OTP, ya que de lo contrario le harían valer las ya citadas cláusulas de mejores condiciones comerciales y económicas. No obstante aquello, ZAP logró armar una parrilla de canales que incluyera a la “Señal CDF” en su parrilla de entrada, pagándole a CDF lo que correspondía de acuerdo al mismo contrato que tenían los otros OTP. Con este método se buscaba ampliar la venta de CDF, cuya penetración estaba en niveles muy bajos, distribuyéndolo a todos sus suscriptores.

Esta posibilidad fue ofrecida a los otros OTP, sin embargo, surgieron reclamos de algunos de ellos. Por ejemplo, VTR señaló a nuestra representada en diversas comunicaciones que, a su juicio, la comercialización que ZAP hacía de CDF constituía un incumplimiento contractual. Su fundamento era que ZAP vendía a todos sus abonados la “Señal CDF”, lo que VTR consideraba que no se podía hacer, ya que en su opinión era absolutamente necesario vender una parrilla básica -sin la “Señal CDF”- y sólo después vender de manera adicional la “Señal CDF”. Ello, a pesar de que ZAP pagaba a CDF la misma cantidad que todos los OTP por la “Señal CDF”.

2.3. Tercera etapa: A partir del ingreso de Telefónica, se creó la señal CDF Básico que se incorporaría en su parrilla básica, se garantizó un 10% de abonados a CDF Premium y se redujo considerablemente el precio de CDF Premium

Telefónica había suscrito una alianza con ZAP para poder competir en el triple pack ofreciendo los servicios de televisión de pago de ZAP a los clientes de Telefónica. Posteriormente, Telefónica manifestó su interés en comprarle ZAP a CDF, habiendo incluso contratado consultores para ello y accedido a información de este OTP. Luego Telefónica se desistió de la compra de ZAP, pero en 2006 creó su propio OTP usando tecnología satelital (misma que empleaba de ZAP).

Sin perjuicio de los efectos del desistimiento de Telefónica, su ingreso al mercado permitió a CDF negociar nuevas condiciones con algún OTP, implementándose cambios que permitieron aumentar el número de abonados a la “Señal CDF”, que a partir de ese año se denominó CDF Premium.

Así, con fecha 7 de junio de 2006, CDF celebró un contrato con Telefónica para la distribución de CDF Premium, creándose, a instancias de la propia Telefónica, CDF Básico, lo que resultaba de gran atractivo para CDF, ya que masificaba el conocimiento de su producto y constituía un buen incentivo para la venta de CDF Premium.

Estas estipulaciones contractuales permitían una **gran rebaja en el pago que recibiría CDF por CDF Premium**, al repartirse los costos fijos de CDF entre dos señales, de manera que el OTP tuviera la flexibilidad de vender CDF Premium a un valor más bajo a quienes se quisieran abonar, aumentando así de manera importante la penetración de esta señal. Según registros esporádicos de CDF de esas fechas, el precio a público para CDF Premium bajó de los \$8.990 que imperaban en la época a los \$4.990 en que era vendido por Telefónica, en precios de la época. Telefónica además garantizaba a CDF que, al menos, un 10% de sus clientes serían abonados a CDF Premium, incentivando sus esfuerzos para su venta.

Adicionalmente, Telefónica distribuía CDF Básico en su parrilla básica a todos sus clientes, por la cual CDF recibiría, acorde al contrato respectivo, la suma de \$260 (sin IVA) de la época por cada cliente, aumentando la asequibilidad de CDF Premium, el que además se vendía a un menor precio minorista, facilitando una mayor penetración del producto.

Eso sí, cabe señalar que Telefónica puso importantes restricciones al producto de CDF, con el propósito de maximizar las utilidades que le generaría la señal básica y la señal premium. Así, en el contrato incorporó dos restricciones, cuales eran que (i) no se transmitieran partidos del CNFP en vivo y en directo en CDF Básico; y (ii) que las señales entregadas debían ser idénticas a las que se distribuyera a los otros OTP.

Este contrato tuvo como resultado que Telefónica inmediatamente aumentó la penetración de CDF Premium, la que ya superaba el 30% de sus suscriptores a los 11 meses de su celebración.

Bajo este contrato, CDF pudo en algún grado compartir parte de su riesgo a los OTP, alinear sus incentivos y reducir en parte las asimetrías de información. Por otra parte, **bajo este nuevo modelo tarifario, los consumidores fueron los grandes favorecidos, ya que podían ver las transmisiones de CDF Básico y 4 partidos del CNFP en vivo y en directo a un precio a público de \$4.990 (IVA incluido) de**

la época (que hoy corresponderían a \$7.975)¹⁵, previo pago de la parrilla básica de Telefónica y, posteriormente, de los demás OTP que optaron por este nuevo esquema contractual.

Con este cambio, más lo que significó ZAP, CDF generó por primera vez utilidades a fines del año 2006, luego de primeros años muy difíciles.

2.4. Evolución de la tercera etapa, adopción por otros OTP y aumento de penetración de CDF Premium

El contrato que CDF celebró con Telefónica comenzó a ser replicado, con ciertas variantes, con los demás OTP.

- En primer lugar, VTR, valiéndose de su particular interpretación de las cláusulas de mejores condiciones comerciales contenidas en el contrato suscrito el año 2003, pretendió unilateralmente dividir las condiciones comerciales entregadas a Telefónica y tomar aquellas que le resultaban favorables.

En carta de junio de 2006, VTR señaló que el contrato se entendía modificado sólo en cuanto a pagar un precio reducido a CDF por cada abonado a CDF Premium, sin incorporar en su parrilla básica el CDF Básico, pero pudiendo rebajar el precio al público de CDF Premium. Además, agregó que no aceptaba la condición de pagar por un 10% de abonados mínimos garantizados.

CDF, aún a riesgo de quebrar, no aceptó la interpretación de VTR y se inició un proceso de mediación. Pese a ello, y antes de llegar a cualquier acuerdo, VTR comenzó a comercializar CDF Premium a \$4.990 al público y suspendió todo pago a CDF, situación que se mantuvo por más de tres meses y que tuvo a CDF en una precaria situación financiera.

Finalmente, con fecha 11 de septiembre de 2006, y luego de más de tres meses en que CDF no percibió ingresos de VTR, lo que generó enormes problemas de caja, CDF tuvo que aceptar, nuevamente, las condiciones comerciales ofrecidas por VTR en una mediación. Estas condiciones distaban mucho de las acordadas con Telefónica, e incluían un mínimo garantizado muy bajo que permitía a CDF la

¹⁵ La corrección en base al IPC se realizó entre el 01 de enero de 2007 (período posterior al que los OTP comenzaron a ofrecer CDF Premium a ese precio) y el 01 de enero de 2021.

posibilidad de financiarse a través de la cesión de los flujos asegurados que surgían de tales mínimos¹⁶.

- Por otro lado, en 2007 CDF vendió ZAP a Telmex (hoy Claro), acordando que esta última empresa podría elegir entre el modelo que tenía hasta dicha fecha ZAP - incluir CDF Premium en todos sus planes de entrada- o pasar al modelo que tenía el resto de la industria, teniendo Claro que pagar –como parte de las contraprestaciones de la compraventa– por una cantidad de abonados mínimos garantizados crecientes hasta llegar a 160.000 suscriptores. Esta condición de que Telmex pagaría por una cantidad de 160.000 suscriptores fue parte de la negociación para acordar el precio de venta de ZAP, como se señala expresamente en el contrato de venta. A los dos meses de haber comprado ZAP, Claro informó que pasaría al modelo del resto de la industria.
- Luego, en 2008 DIRECTV (anteriormente Sky) se sumó al nuevo tipo de contrato, incorporando desde un primer momento un mínimo garantizado de un 30% del total de sus suscriptores, tras haber iniciado un procedimiento de mediación para exigir la cláusula de garantía de mejores condiciones económicas y comerciales.

En el contrato con DIRECTV, se incorporaron restricciones equivalentes a las contempladas en los contratos de Telefónica y VTR.

Como se aprecia en la Tabla 1, los nuevos contratos implicaron que todos los OTP cumplieran sus mínimos garantizados en 2009 (aunque el mínimo de VTR representaba aproximadamente un 10% de sus abonados a CDF Básico) y que las penetraciones de CDF Premium subieran rápidamente por sobre el 30%, salvo en el caso de VTR.

Tabla 1: Penetración de CDF Premium respecto de CDF Básico en principales OTP 2008-2009				
Año-Mes	VTR	DIRECTV	Claro	Telefónica
ene-08	14%	-	92%	31%
abr-08	15%	-	87%	33%
jul-08	16%	27%	83%	34%
oct-08	17%	28%	80%	36%
ene-09	17%	28%	76%	31%
abr-09	19%	34%	73%	36%
jul-09	18%	36%	67%	36%

¹⁶ CDF a esa fecha no tenía un adecuado acceso a créditos bancarios y el hecho de tener mínimos garantizados era relevante para que el cesionario calculara mejor los flujos del contrato y aceptara la cesión.

oct-09	19%	35%	65%	36%
dic-09	18%	33%	63%	32%

Elaboración propia en base a datos internos de CDF y reportes de OTP

Si bien en todo este período VTR reportó penetraciones menores a la del resto de los actores de la industria, luego de un prolongado período de tiempo, CDF constató que la información de abonados a CDF Premium entregada por VTR no decía relación con la realidad, lo que incluso derivó en que CDF iniciara un arbitraje en su contra.

Tras ello, recién el año 2014, después de alcanzar un acuerdo para poner fin al juicio, VTR reincorporó la cláusula de mínimos garantizados, pero por primera vez en magnitudes similares a las del mercado, asumiendo los mismos riesgos que el resto de la industria, que son simétricos respecto de los que debe soportar CDF.

2.5. Cuarta etapa: Los aspectos fundamentales de los contratos se han mantenido constantes, se desarrollan señales con mayor contenido y mejor calidad de imagen para beneficiar a consumidores finales, sin aumentar el precio mayorista que pagan los OTP

Actualmente, si bien CDF tiene un solo producto principal -canal de televisión que transmite los partidos del CNFP-, cuenta con tres señales:

- **“Señal Básica o CDF Básico”**: aquella por medio de la cual se transmiten normalmente los partidos de Primera División a través de audio o bien con imágenes (formato “radio en vivo”) y en diferido (formato tradicional con vídeo y audio), así como otra atractiva programación deportiva en vivo¹⁷.

Esta señal es de aquellas denominadas “básicas”, lo que significa que los abonados, por el pago inicial, y sin necesidad de desembolsar pagos adicionales, acceden a esta señal con un conjunto de otras señales, en lo que se conoce como “parrilla básica” o “parrilla de entrada”, la cual es definida por los OTP. A partir de 2019, esta señal comenzó a ser transmitida en alta definición, sin agregarse ningún costo ni cobro a los OTP. Actualmente se cobra casi el mismo precio que el cobrado en sus inicios (reajustado por IPC), pero en el que se han incluido ciertos descuentos en la medida que las OTP vendan más CDF Premium y HD, de manera de incentivar la venta de las señales premium.

¹⁷ Amistosos de la selección nacional masculina y femenina, clasificatorias a los mundiales de Sudáfrica, Brasil y Qatar, Copa América, Fútbol masculino juvenil, Copa Libertadores Femenina, Panamericanos Lima 2019, Básquetbol, eSports y Rugby Seven.

- **“Señal CDF o CDF Premium”**: señal por la que se transmiten en vivo y en directo los partidos del CNFP, así como otra programación deportiva que ofrece el CDF.
- **“Señal CDF con contenidos HD, Señal CDF HD o CDF HD”**: esta señal fue creada el año 2010, y transmite en vivo y en directo los partidos del CNFP, así como otra programación deportiva que ofrece el CDF, siendo también de aquellas denominadas “Premium”, pero, a diferencia del CDF Premium, su calidad es en alta definición, por lo que su precio es más elevado. CDF fue pionero a nivel mundial en este tipo de transmisiones.

Tanto CDF Premium como CDF HD son señales denominadas “premium”, lo que significa que los abonados de los distintos OTP deben pagar una suma adicional a la parrilla básica para acceder a ella. A nivel mayorista, por regla general los precios de ambas señales se han ajustado únicamente por el IPC, manteniéndose en términos reales precios equivalentes a los existentes hace más de 10 años.

Además, con el propósito de llegar a la mayor cantidad de público, desde el año 2012 CDF cuenta con un servicio Over The Top (“OTT”) denominada “Estadio CDF”,¹⁸ que abarca la programación del CDF, en vivo y VOD (Video On Demand, esto es, formato de video generado tras una transmisión en vivo o en estreno que se puede disfrutar cuando y donde se quiera) vía streaming de video para Chile y el mundo. Este servicio permite ver lo mejor de la programación de CDF en vivo y en alta definición.

Finalmente, desde abril del año 2019 el producto CDF también se distribuye a través de los teléfonos celulares, ya que CDF implementó la aplicación “CDF Go”¹⁹, complementaria a los servicios de televisión de pago y disponible a través de internet. Esta aplicación permite ver los contenidos de CDF Básico y CDF HD en vivo, directamente desde un dispositivo móvil a quienes hayan contratado CDF HD.

En lo que respecta a los aspectos contractuales, los mínimos garantizados se acordaron también con los nuevos OTP que fueron ingresando al mercado, tanto de mediano como de pequeño tamaño. Por otra parte, excepcionalmente, OTP que han estado presentes en el mercado por muchos años siguen sin tener un mínimo garantizado como parte de su esquema tarifario.

¹⁸ Actualmente, Estadio TNT Sports.

¹⁹ Actualmente, TNT Sports Go.

Situación particular es la de VTR, con el que se ha celebrado un contrato que transitó en forma definitiva a un mínimo garantizado fijado en valores absolutos de dinero. Además, dicho contrato regula las promociones de una manera diferente a la cuestionada por la FNE y no contempla reglas para el precio de reventa de las señales premium de nuestra representada.

Sobre esta última cláusula, cabe agregar que la limitación de venta bajo costo no se contempla en los contratos más nuevos que se han ido suscribiendo durante el último año con los OTP de menor tamaño.

Así, actualmente CDF cuenta con más de 30 clientes con regulaciones contractuales similares, pero amoldadas a la realidad de cada OTP. CDF espera que esa cantidad de clientes siga aumentando, para así potenciar aún más la distribución de su contenido y señales.

Sin embargo, fuera de la evolución específica de la regulación contractual con cada OTP, la gran diferencia entre 2006 y la actualidad es que CDF pasó de transmitir en vivo y en directo 4 partidos por fecha de la Primera División del CNFP, a transmitir, entre otros contenidos:

- Todos los partidos de cada fecha de la Primera División del CNFP, en vivo, los que dependiendo del año y el torneo alcanzan hasta 8 partidos por fecha;
- 3 partidos de cada fecha de Primera B del CNFP, en vivo;
- Partidos de las Copas Américas, tales como las jugadas en Chile, Estados Unidos y Argentina, en vivo;
- Partidos de las clasificatorias para mundiales de fútbol, tales como las de Sudáfrica, Brasil y Qatar, en vivo;
- Partidos de todas las fases finales de la Copa Chile, en vivo;
- Partidos de fútbol femenino, en vivo;
- Partidos de fútbol joven, en vivo;
- Competencias de otros deportes, tales como rugby, handball, boxeo, polo, e-sports, basquetbol y juegos Panamericanos (como los de Lima), en vivo y en diferido.
- Programas de televisión y noticieros deportivos, que en 2020 alcanzaron los 1.164 capítulos y un total de 1.737 horas de contenido transmitido.

El incremento de partidos producidos implicó que los costos de producción anuales se duplicaron en términos reales entre 2010 y 2020 y, dadas las dificultades de los últimos años, incluso llevó a que CDF haya tenido pérdidas tributarias en 2019 y 2020. No obstante ello, no se aumentaron los precios mayoristas cobrados a los OTP entre 2006 y 2020, tanto por CDF Básico como por CDF Premium y CDF HD, habiendo sido por regla general únicamente ajustados por IPC²⁰.

Como se puede ver, **el modelo de distribución actual fue acordado con los OTP**, pasando de un esquema en que CDF asumía todos los riesgos, hasta lograr un modelo más equilibrado, que ha beneficiado tanto a los OTP, como a CDF y a los consumidores.

Por su parte, este modelo le permite a CDF, entre otros objetivos, solucionar parcialmente su asimetría de información, ya que tanto los suscriptores del CDF Básico como los mínimos garantizados se pueden monitorear con la información de los suscriptores de los OTP que entregan a CDF y que además es reportada a la Subsecretaría de Telecomunicaciones (“**Subtel**”).

En definitiva, **la forma de cobrar los precios es, en esencia, una tarifa en dos partes**, en que CDF cobra una cierta cifra en relación con las cantidades que puede monitorear razonablemente (precio de CDF Básico por cada suscriptor básico y mínimos garantizados) y un monto variable que depende del aumento de la penetración de sus señales premium por sobre un umbral que no puede monitorear (razón por la cual, especialmente en el último tiempo, ha tendido a cero).

Conforme a lo expuesto, la creación de CDF y la implementación de las distintas condiciones contractuales vino a fomentar la competencia en el mercado aguas abajo de los OTP, pasando de una rivalidad por la cancha (exclusividad), a una competencia entre OTP a nivel minorista, donde todos tienen acceso a comercializar CDF. Esto permitió que una mayor cantidad de la población pudiese acceder a las señales de CDF con más contenido y en una mejor calidad, incluso a un menor precio de venta al público.

²⁰ Sin perjuicio de una modificación del precio de CDF Premium diferente al reajuste por IPC efectuada entre 2010 y 2011.

C. LOS BENEFICIOS DE CDF PARA EL FÚTBOL NACIONAL: INGRESOS SIGNIFICATIVOS QUE SE DESTINAN PRINCIPALMENTE A LOS CLUBES DEL FÚTBOL NACIONAL DE LA PRIMERA A Y PRIMERA B, PERMITIENDO EL DESARROLLO Y MEJORÍA DE LOS CLUBES Y DE LOS TORNEOS

Como se dijo, el CDF es la manera que encontró la ANFP para comercializar los derechos de televisión del CNFP. Inicialmente mediante una participación en CDF (que le otorgaba derecho a retirar utilidades) y el pago de derechos de televisión y, ahora, únicamente mediante los ingresos que obtiene del licenciamiento de los derechos televisivos a CDF.

Sobre los ingresos que recibe la ANFP provenientes de CDF, cabe recalcar que éstos han ido en aumento año tras año desde 2003, aumentándose en valores anuales de UF 129.522 a UF 2.145.810 en 2020, es decir, mostrando un incremento de más de 16 veces²¹.

Estos ingresos resultan fundamentales no solo por su magnitud absoluta, sino por la proporción que representan del total de dinero con que cuentan los equipos de fútbol en Chile.

Así lo reconoció recientemente el H. Tribunal en la Sentencia N°173/2020 ***“Quincuagésimo octavo: Que, enseguida, la principal fuente de ingresos de los clubes del fútbol profesional chileno, tanto de la categoría Primera División como de la Primera B, proviene de los pagos que le hace a la ANFP el CDF.”***²²

Tratándose de los clubes de Primera División, los ingresos provenientes del CDF son repartidos en una proporción mayor para Colo-Colo, Universidad de Chile y Universidad Católica, mientras que el resto de los equipos de dicha división recibe la misma cantidad, sin importar su lugar en la tabla de posiciones. Además, **estos ingresos representan el principal ingreso de explotación, alcanzando el 29% para los equipos de Primera División entre 2013 y 2017.**²³

En lo concerniente a los clubes de Primera B, los ingresos del CDF son repartidos entre éstos de forma pareja, independiente de su posición en la competencia. Estos

²¹ Si comparamos el primer año de la imputación de la FNE con el 2020, los ingresos que ha entregado CDF ha aumentado en más de 20 veces.

²² Sentencia TDLC N° 173/2020 de fecha 25 de junio de 2020, c. 58. Énfasis agregado.

²³ Procedimiento Contencioso Rol N° C-343-2018, Informe Butelmann Consultores, presentado por la ANFP, p. 7 (tabla 4).

ingresos representan para estos equipos su principal fuente de ingresos, **alcanzando aproximadamente el 53% de sus ingresos de explotación para el período 2013 a 2017²⁴**.

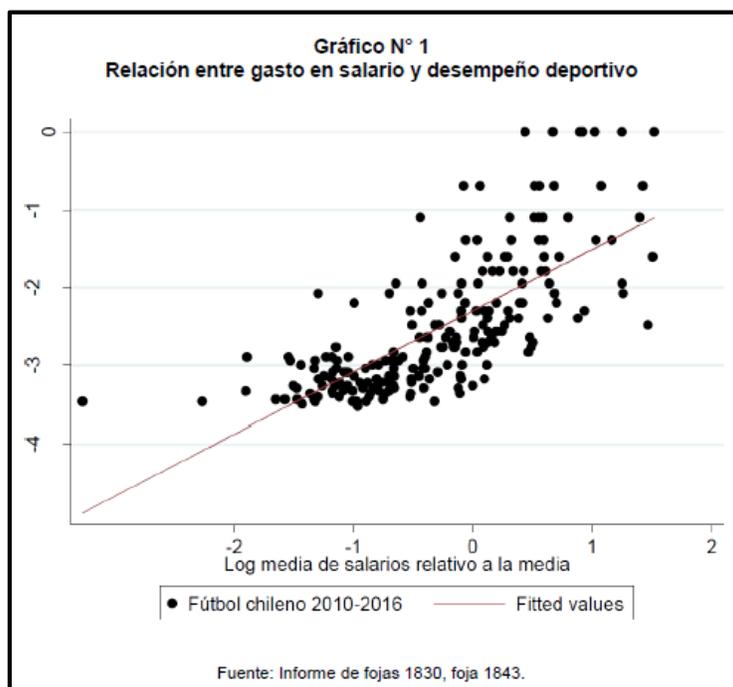
De esta forma, **el CDF ha generado grandes beneficios para el fútbol nacional, y especialmente para los clubes de Primera División y Primera B**, lo que ha permitido que éstos puedan recuperarse económicamente y contar con importantes sumas de dinero para diversos propósitos. La disponibilidad de estos fondos es fundamental considerando que se trata de equipos que comúnmente enfrentan pérdidas y márgenes brutos negativos²⁵.

Lo anterior ha determinado, a su vez, que el CNFP pueda mejorar su nivel, aumentando el grado de satisfacción de los consumidores, y en especial de los fanáticos o hinchas de los diferentes clubes de fútbol, ya que éstos destinarían mayores sumas de dinero para sueldos, refuerzos de mejor calidad, potenciar su cuerpo técnico, médico y administrativo, desarrollo de divisiones inferiores, reparar y mejorar sus instalaciones, etc., todo con el objeto de obtener mejores resultados deportivos.

De hecho, la ya mencionada Sentencia N°173/2020 estableció que “*mayor gasto en sueldos es más probable un mejor rendimiento del equipo*”. Para luego incorporar el siguiente gráfico que demuestra lo expuesto:

²⁴ Procedimiento Contencioso Rol N° C-343-2018, Informe Butelmann Consultores, presentado por la ANFP, página 7 (tabla 4).

²⁵ Procedimiento Contencioso Rol N° C-343-2018, Informe Butelmann Consultores, presentado por la ANFP, página 7 (tabla 4).



Como una consecuencia natural de lo señalado, y en especial de la mejora y/o atractivo del CNFP, también se aumentó la valorización de la publicidad, por ejemplo, en camisetas, *merchandising*, estáticos, etc.

CDF ha generado un círculo virtuoso, en virtud del cual el dinero obtenido por CDF es distribuido a los clubes de fútbol, los cuales, a su vez, lo invierten, mejorando el espectáculo, lo que en última instancia aumenta el atractivo para el suscriptor de CDF y, en general, para los interesados en el fútbol nacional.

Por todo lo expuesto, reiteramos nuestra sorpresa frente al Requerimiento de autos, toda vez que a través de éste la FNE no está protegiendo al mercado ni a los consumidores.

IV. PERMANENTE COMPROMISO DE CDF CON LA NORMATIVA DE LIBRE COMPETENCIA
– HA EXISTIDO UN CONTINUADO Y MINUCIOSO CONTROL SOBRE SU GESTIÓN POR
PARTE DE LA FNE

Sorprenden las acusaciones formuladas por la FNE en el Requerimiento de autos cuando CDF ha sido objeto de una constante fiscalización por su parte, por lo menos desde hace 11 años, sin que se haya reprochado su actuar.

En efecto, como veremos a continuación, hubo 3 investigaciones vinculadas a CDF: una iniciada en 2009 referida a una negativa de renovar un contrato a un OTP, una en 2014 relativa a sus prácticas comerciales y una iniciada en 2018 por la revisión de la operación de concentración en virtud de la cual fue adquirida por Turner.

En estas tres oportunidades la FNE tuvo pleno conocimiento de los modelos de negocio de CDF, de los contratos suscritos con los OTP y de las condiciones comerciales que regulan su relación con ellos, por lo que llama poderosamente la atención las imputaciones ahora presentadas en contra de nuestra representada.

H. Tribunal, CDF ha seguido comportándose de igual forma en el mercado, convencida de actuar conforme a la ley y teniendo la confianza legítima de que desde 2014 la FNE ya conocía su comportamiento competitivo, sin haber formulado reproche alguno. Es por ello que, en la respetuosa opinión de esta parte, el Requerimiento contra CDF constituye una **grave vulneración a dicha confianza legítima** que CDF puso en el actuar de la FNE como autoridad administrativa.

A. INVESTIGACIÓN DE LA FNE DEL AÑO 2009 – DENUNCIA ARCHIVADA POR SUPUESTA NEGATIVA DE VENTA AL OTP P&P

Con fecha 6 de febrero de 2009, la OTP Plug and Play S.A. ("**P&P**"), denunció a CDF ante la FNE por supuestas conductas anticompetitivas, relativas a la negativa a renovar el contrato y que se sustanció bajo expediente Rol N° 1409-2009 FNE.

Luego de revisar los antecedentes aportados por ambas partes, con fecha 27 de enero de 2010 la FNE decidió ordenar el cierre de esta investigación y el archivo de los antecedentes, determinando que el incumplimiento contractual de P&P al no informar dentro de plazo el número de sus abonados constituía una causa objetiva suficiente para no renovar esta relación comercial, sin que esta circunstancia generara efectos exclusorios en el mercado.

Para los efectos del presente litigio, **resulta especialmente relevante que la FNE expresamente reconoció la importancia de que los OTP, en este caso P&P, informen a CDF el número de sus abonados, ya que constituye el único mecanismo para que nuestra representada conozca el número de suscriptores, antecedente indispensable para cobrar por los servicios contratados, a saber:**

*"1) Que de acuerdo a lo señalado por CDF, y acreditado por los correos electrónicos entre dicha empresa y P&P aportados por la propia denunciante, esta última no habría cumplido con la obligación prescrita en la sección 3.6 del contrato de suministro del Canal del Fútbol, en virtud de la cual debía enviar a CDF, dentro de los primeros 5 días del mes, un informe de abonados, **esencial para el cobro de los servicios respectivos, ya que representa el único mecanismo que CDF tiene para conocer el número de abonados con que***

cuenta el distribuidor y, cuantos de ellos contrataron la serial Premium de CDF.²⁶

B. INVESTIGACIÓN DE LA FNE DEL AÑO 2014 – DENUNCIA ARCHIVADA POR SUPUESTA VENTA ATADA DE CDF PREMIUM Y CDF HD

Entre los años 2014 y 2015, tras haberse dictado la Guía de Restricciones Verticales de la FNE, su División Antimonopolios recibió una denuncia contra CDF²⁷ por un supuesto -pero descartado- abuso de posición dominante consistente en ventas atadas.

Lo reprochado en la denuncia era la modalidad en que CDF comercializaba sus señales Premium y HD, señalando que nuestra representada impedía a los OTP la adquisición de la señal HD de CDF de forma independiente de la señal Premium. Lo anterior, no obstante que CDF sí comercializaba la señal Premium desligada de la señal HD.

Así, lo denunciado era una paquetización o venta conjunta de estas señales, en circunstancias que, a juicio del denunciante, esta venta conjunta carecía de sentido, puesto que la voluntad de contratar la señal HD representa prescindir de aquella de definición estándar. Esto haría que aquellos consumidores que quisieran contratar la señal HD se verían obligados, a su vez, a contar con la señal Premium.

Esta indagatoria se prolongó por aproximadamente 4 meses, oportunidad en la que CDF aportó todos los antecedentes requeridos por la FNE, incluyendo los contratos con los OTP, los que ésta revisó, demostrando que la conducta reprochada no constituía un ilícito anticompetitivo.

En particular, nuestra representada sostuvo ante la FNE que esta venta conjunta responde a un beneficio entregado a aquellos clientes que poseen un decodificador estándar además de uno de alta definición, porque, en caso de venderse CDF HD de forma individualmente, aquellos televisores conectados a un decodificador estándar no podrían reproducir esta señal.

Es así como, con fecha 11 de marzo de 2015, el Jefe de la División de Investigaciones de la FNE emitió una Minuta de Archivo, señalando las razones por las cuales

²⁶ Resolución de archivo de fecha 27 de enero de 2010.

²⁷ Investigación FNE Rol FNE 2319-14, caratulada “Denuncia de particular contra canal CDF por posible abuso de posición dominante”.

entendió –correctamente– que la conducta reprochada a CDF no constituía un ilícito anticompetitivo.

En dicha Minuta de Archivo, la FNE parte señalando que “*esta Fiscalía considera que para este caso en particular, **la paquetización de la señales ofrecidas por CDF no respondería a motivaciones anticompetitivas.***”²⁸

En primer lugar, la FNE descartó cualquier efecto o finalidad exclusiva de la conducta imputada, afirmando que “*debe descartarse que la conducta denunciada represente una venta atada con fines exclusivos, toda vez que CDF no enfrenta competidores a los que excluir.*”²⁹

En segundo lugar, la FNE descartó que esta venta tenga efectos explotativos, señalando que: “*tampoco se ha encontrado evidencia de que la venta atada objeto de la denuncia constituya una forma de explotación de los abonados a CDF, que permita a este último obtener un mayor ingreso total en comparación a lo que podría obtener a través de la venta separada o paquetizada de sus señales, como consecuencia de un mejor aprovechamiento de la heterogeneidad existente en las valoraciones de sus bienes.*”³⁰

Debido a lo anterior, la FNE concluyó que “*a juicio de esta División, las condiciones de este mercado y la información disponible **no permiten concluir la existencia de efectos potencialmente explotativos** asociados a la práctica comercial denunciada, ni que la eventual prohibición de la misma impacte positivamente el bienestar del consumidor.*”³¹ y recomendó el archivo de los antecedentes.

En razón de ello, por resolución de fecha 11 de marzo de 2015 **la FNE ordenó el archivo de la denuncia.**

Ahora bien, lo más relevante de este procedimiento fue que la FNE tuvo a la vista varios de los contratos con las OTP donde constan las cláusulas contractuales por las que hoy individualmente requiere por considerar que atentan en contra de la libre competencia, sin que la resolución de archivo se refiera a dichas cláusulas ni haya la FNE decidido iniciar siquiera una investigación por ellas. Ello incluso pese a que la FNE, en esa misma resolución, ya estimaba que CDF detentaba un monopolio.

²⁸ Investigación FNE Rol FNE 2319-14, Minuta de Archivo, párrafo 22. Énfasis agregado.

²⁹ Investigación FNE Rol FNE 2319-14, Minuta de Archivo, párrafo 23. Énfasis agregado.

³⁰ Investigación FNE Rol FNE 2319-14, Minuta de Archivo, párrafo 24. Énfasis agregado.

³¹ Investigación FNE Rol FNE 2319-14, Minuta de Archivo, párrafo 26. Énfasis agregado.

Si consideró a CDF como un monopolio, parece un error inexcusable de su parte no haber estudiado en profundidad las cláusulas contractuales que tuvo a la vista; o bien, efectivamente evaluó a cabalidad tales cláusulas y concluyó, tal como exponemos a lo largo de este escrito, que no existe ninguna conducta ni práctica contraria a la libre competencia en tales cláusulas y contratos.

En cualquiera de esos escenarios, no resulta justo el proceder de la FNE de presentar un Requerimiento 7 años después.

C. LA FNE AUTORIZÓ LA COMPRA DE CDF. LA TRANSACCIÓN APROBADA CONTEMPLA EMPAQUETAMIENTO DE SEÑALES, MÍNIMOS GARANTIZADOS, PAGO A LA ANFP Y LA IMPLEMENTACIÓN DE MITIGACIONES QUE MORIGERAN EL PODER DE NEGOCIACIÓN DE CDF

Como señalamos, desde sus inicios en 2004, CDF era administrada por GTV y de propiedad de esta última y la ANFP, lo que cambió el 20 de diciembre de 2018, cuando se cerró la venta de CDF a Turner, permitiendo el ingreso de un inversionista extranjero como único propietario de nuestra representada.

La venta de CDF a Turner estuvo precedida, en primer lugar, por un proceso de licitación privado organizado por la ANFP en colaboración con GTV y asesores externos,³² el que concluyó con la elección de Turner, basada en aspectos económicos, cualitativos, contractuales y regulatorios. Entre los factores económicos cabe resaltar que la incorporación de Turner al modelo implicó un aumento de los pagos realizados por el CDF a la ANFP como contraprestación por los derechos de transmisión, lo que se traduce en una mayor disponibilidad de fondos para los clubes nacionales.

³² El proceso iniciado a mediados de 2017 contó con la participación de diversas empresas interesadas, a las que se les entregaron antecedentes sobre CDF y su funcionamiento, se les respondieron las dudas que pudieran haber surgido y se les dio la oportunidad de tener entrevistas individuales con la plana gerencial de CDF y GTV, todo por supuesto bajo los más estrictos protocolos de confidencialidad. El interés de tales empresas se plasmó, en definitiva, en la recepción de ofertas vinculantes de empresas involucradas en el ámbito de la televisión de pago que, en una instancia inicial, fueron analizadas conjuntamente por una comisión evaluadora de la ANFP y sus asesores externos.

Posteriormente vino el procedimiento de aprobación de esta operación de concentración por parte de la FNE,³³ el que tomó aproximadamente el doble de tiempo que el proceso de licitación privado. En efecto, la ANFP, GTV, Turner y CDF presentaron la notificación respectiva a la División de Fusiones el 12 de febrero de 2018 y la aprobación definitiva de la FNE, sujeta a múltiples medidas de mitigación asumidas por Turner y CDF, se produjo el 14 de diciembre de 2018, posponiendo casi un año el cierre de la operación.

Desde nuestra perspectiva, lo fundamental es que la autoridad revisó en forma acuciosa todos los ámbitos y posibles consecuencias de esta operación de concentración. Dentro de esta revisión y análisis se encuentra, naturalmente, la forma en que CDF se combinaría con el negocio de Turner, pero también, y más importante aún, la manera en que CDF había desarrollado sus actividades hasta esa fecha y los remedios que permitirían una integración de ambas empresas sin reducir la libre competencia en los mercados.

Y todo ello fue considerando el esquema técnico, programático, financiero, económico y comercial propuesto y expuesto por Turner, bajo el cual fue seleccionado por la ANFP, tal como puede apreciarse en el informe de aprobación de la FNE de casi 60 páginas, de su anexo económico de casi 20 páginas y de las medidas de mitigación ofrecidas y finalmente aceptadas por la FNE.

Sobre las cláusulas contractuales de CDF que ahora están siendo cuestionadas por la FNE, pueden encontrarse referencias en múltiples secciones del informe de aprobación de la División de Fusiones, demostrativos de que en esa instancia la autoridad realizó un análisis pormenorizado de las conductas objeto del Requerimiento.

A modo ejemplar, en los párrafos 100 y siguientes, y sin que se haga un reproche de una supuesta venta atada, la FNE asume como uno de los escenarios la venta conjunta de CDF Básico, CDF Premium y HD.³⁴

En forma similar, los mínimos garantizados trasuntan la evaluación de prácticamente todos los potenciales riesgos verticales y horizontales de la operación identificados

³³ Investigación de División de Fusiones Rol FNE F116-18, caratulada “Adquisición de CDF por parte de Turner International Latin America, Inc.”

³⁴ Investigación de División de Fusiones Rol FNE F116-18, Informe de Aprobación, párrafos 100-125.

por la FNE³⁵ e incluso son considerados por la División de Fusiones como una cláusula que genera eficiencias, al indicar que “la eliminación de la doble marginalización podría ser alcanzada aumentando el mínimo garantizado exigido hasta el punto en que sea superior a sus abonados efectivos, tal como sucede con otros Operadores de TV Paga.”³⁶

En lo que respecta a los remedios, Turner realizó 5 propuestas de medidas de mitigación, que finalmente derivaron en una propuesta definitiva compuesta por 6 compromisos que se mantendrán vigentes mientras CDF tenga la licencia de los derechos del fútbol nacional, es decir, hasta 2033.

Como se puede apreciar en el texto de las medidas de mitigación y en el informe aprobatorio de la División de Fusiones, el supuesto primordial y basal, y tenido en consideración tanto por la FNE como por Turner y CDF, es que las señales CDF Básico, Premium y HD pueden ser vendidas como un único servicio denominado “Producto CDF”. En otras palabras, nuestra representada y Turner se comprometieron a cumplir determinadas medidas de mitigación precisamente porque podrían seguir vendiendo conjuntamente las señales de CDF agrupadas bajo el Producto CDF, tal como lo venía haciendo CDF hasta 2018.

Y es precisamente bajo esos supuestos que la FNE luego aprobó la operación sujeta a las medidas de mitigación ofrecidas por Turner, dado que, en sus propios términos, *“satisfacen las condiciones señaladas en la Guía de Remedios, resultando, a juicio de esta División [de Fusiones], capaces de evitar la reducción sustancial a la competencia que esta Operación proyecta.”*³⁷

Para efectos del Requerimiento y las relaciones contractuales existentes entre CDF y los OTP, **podemos resaltar 3 medidas de mitigación de la adquisición de CDF por parte de Turner.**

- En primer lugar, Turner tiene absolutamente prohibido realizar ventas atadas o empaquetadas entre las señales de CDF, por un lado, y los

³⁵ Investigación de División de Fusiones Rol FNE F116-18, Informe de Aprobación, párrafos 78, 87-88, 124 y 188-89.

³⁶ Investigación de División de Fusiones Rol FNE F116-18, Informe de Aprobación, párrafo 97 (énfasis agregado, citas y referencias a información confidencial omitidas). El contexto de esta frase es que la División de Fusiones estaba indagando si la adquisición y la consecuente integración vertical entre DIRECTV y CDF podría eliminar la doble marginalización. En torno a eso la División de Fusiones argüía que podría haber mecanismos alternativos para lograr dicha eficiencia, precisamente, aumentar los mínimos garantizados a DIRECTV para que esta cifra esté sobre sus suscriptores premium reportados.

³⁷ Investigación de División de Fusiones Rol FNE F116-18, Informe de Aprobación, párrafo 226. El texto completo de las medidas de mitigación puede encontrarse como Anexo 1 de este informe, a partir de su página 61.

canales lineales de Turner y de las demás compañías de su grupo empresarial (por ejemplo, CNN Chile), por otro lado.

Tal prohibición tiene “*el propósito de mantener las condiciones competitivas previas al perfeccionamiento de la Operación [debido a que] se mantiene la posición negociadora de cada lado en un acuerdo de licenciamiento (Proveedor de Contenido y Operador de TV Paga), eliminando el riesgo antes señalado, antes de que éste pueda materializarse.*”³⁸

- En segundo lugar, y aunque con el anterior remedio la propia FNE reconoció que se mantendrían las condiciones competitivas pre-operación, adicionalmente Turner se comprometió a que CDF no negará arbitrariamente la venta del Producto CDF a los OTP, lo que implica eliminar la posibilidad de acudir a un corte de señales como estrategia de presión, lo que es conocido en la industria como *black-out*³⁹.
- En tercer lugar, para las discrepancias que puedan surgir en el contexto de las negociaciones entre CDF y los OTP no pertenecientes a su grupo empresarial por el licenciamiento del Producto CDF, se estableció un arbitraje de oferta final o de tipo *baseball*.

En virtud de esta mitigación, si un OTP diferente a DIRECTV estima que los precios, términos y condiciones ofrecidos por CDF no corresponden a condiciones justas de mercado, o que es injustificada la ausencia de ofrecimiento de CDF al OTP respectivo, tiene la posibilidad de acudir a un tercero imparcial para que resuelva la disputa, el que en atención a la naturaleza *baseball* del arbitraje, solo podrá optar entre las propuestas de las partes sin realizarle modificación alguna a la que escoja.

Tal medida de mitigación fue ofrecida por Turner “[e]n orden a mitigar el riesgo de aumento de poder de negociación en el segmento de provisión de contenidos para televisión de pago”⁴⁰. En forma más elocuente, en casos anteriores en que se utilizó este mismo tipo de arbitraje como medida de mitigación, la FNE señaló que “*el hecho que el árbitro deba escoger una de ambas propuestas, según cuál sea la que mejor*

³⁸ Investigación de División de Fusiones Rol FNE F116-18, Informe de Aprobación, párrafo 231.

³⁹ La propia FNE ha reconocido que el black-out puede ser utilizada como herramienta de última instancia en las negociaciones. Investigación de División de Fusiones Rol FNE F116-18, Informe de Aprobación, párrafo 24.

⁴⁰ Investigación de División de Fusiones Rol FNE F116-18, Informe de Aprobación, nota 263.

se ajuste a precios, términos y/o condiciones justas de mercado, *hará que necesariamente poderes de negociación disímiles, se vean contrarrestados.*⁴¹

Es más, sobre este particular mecanismo de resolución de conflictos, el propio H. Tribunal se ha referido a los beneficios que comúnmente se le atribuyen, entre los que se encuentran la creación de incentivos para que las partes negocien acuerdos, acerquen posiciones y formulen propuestas mesuradas, y la capacidad de contrarrestar poderes de negociación que pudiesen ser desbalanceados.⁴²

Si CDF estuviese abusando de sus contrapartes o tratando de imponer condiciones que no corresponden a términos justos de mercado, según alega la FNE, los OTP estarían habilitados para acudir a un árbitro que resuelva la disputa, lo que hasta la fecha no ha ocurrido, demostrándose que CDF no ha abusado de su posición ni ha impuesto prácticas comerciales abusivas a sus clientes.

De igual manera sorprende que hoy la FNE plantee como conductas supuestamente anticompetitivas algunas estipulaciones contractuales que siendo objeto de su análisis en 2018, al igual como ocurrió en 2009 y 2014, no fueron reprochadas ni exigió la posible aplicación de medidas de mitigación a su respecto.

Si bien la FNE indicó en su resolución aprobatoria que no hacía “*reconocimiento alguno en cuanto a una eventual licitud o ilicitud de las conductas previas a la Operación realizadas por CDF o Turner*”⁴³, no puede a través del Requerimiento desconocer en forma absoluta todo el análisis realizado en esta investigación, en particular en lo que respecta al empaquetamiento de las señales de CDF y a los mínimos garantizados.

Más allá de reservas formales que pueda esgrimir la FNE para deslindar los ámbitos de acción de sus distintas áreas, estamos ante el mismo órgano administrativo, representante de la colectividad en materia económica y específicamente de libre competencia, no siendo aceptable que conozca en concreto y en detalle de determinadas estipulaciones contractuales, negocie y acepte mitigaciones que las

⁴¹ Investigación de División de Fusiones Rol FNE F81-17, Informe de Aprobación, párrafo 90. Énfasis agregado. En el análisis de un arbitraje de oferta final establecido en términos similares como condición de una operación de concentración horizontal, la FNE indicó “*dicho compromiso contribuye a evitar un eventual ejercicio de mayor poder de negociación, en aquellos aspectos propios de las dinámicas de la industria que podrían no estar comprendidos por la prohibición de empaquetamiento*”. Investigación de División de Fusiones Rol FNE N° F155-2018, Informe de Aprobación, párrafo 134. Énfasis agregado.

⁴² Resolución de Término Procedimiento de Recomendación Normativa Rol N° ERN-25-2018 de fecha 24 de julio de 2019, c. 30-36.

⁴³ Resolución de Aprobación de FNE, Rol FNE F116-18, par. 19.

involucren directamente, como en el caso del empaquetamiento, apruebe la operación de concentración, y ahora postule que dichas estipulaciones son anticompetitivas desde el año 2006.

V. BAJO UNA DEFINICIÓN DE MERCADO ADECUADA, CDF NO TIENE UN MONOPOLIO NI A NIVEL MAYORISTA NI MINORISTA Y RECIBE PRESIÓN COMPETITIVA DE MÚLTIPLES ACTORES EN AMBOS NIVELES - LA FNE DEFINE EL MERCADO EN FORMA ERRÓNEA

Para sancionar un abuso de posición dominante como el que injustamente se atribuye a nuestra representada, la FNE, o el demandante particular en caso de que corresponda, tiene la carga de probar todos los elementos que constituyen la supuesta infracción que se imputa, dentro de los cuales se encuentra la posición de dominio, requisito indispensable, tal como reconoce la FNE.⁴⁴

Por consiguiente, y en relación con la especie, también es carga de la FNE definir un mercado relevante que tenga un correlato efectivo en la industria televisiva, teniendo en cuenta sus características específicas y su evolución a lo largo del tiempo, para luego probar que en ese supuesto mercado relevante CDF detenta una posición de dominio o, según la FNE pretende argumentar, un monopolio.

En un intento de realizar esta tarea, la FNE propone la siguiente definición para dos mercados relevantes, tanto aguas arriba como aguas abajo:

⁴⁴ Requerimiento, párrafo 68.

45. Conforme ha sido expuesto en esta presentación, son diversos los mercados en que inciden las prácticas comerciales de CDF. Para su mejor comprensión, resulta necesario diferenciar lo que acontece *aguas arriba* y *aguas abajo*:

- a. *Aguas arriba*, en el mercado de distribución mayorista de las señales que incluyen la transmisión televisiva en directo de los partidos del CNFP, CDF detenta de manera exclusiva los derechos de transmisión de dichos partidos, y lo efectúa por medio de las señales *must have* CDF Premium y CDF HD, siendo CDF un monopolista en ese mercado. Adicionalmente, CDF distribuye la señal CDF Básico, la que cuenta con contenido deportivo, predominantemente futbolístico²⁵, y es incorporada en la grilla básica de los cableoperadores.
- b. *Aguas abajo*, se encuentra el mercado de distribución minorista de las señales CDF Premium y CDF HD, que constituye un mercado relevante por sí solo. Adicionalmente, existe un mercado separado, que corresponde al de la distribución minorista de señales básicas, entre las cuales se incluye CDF Básico.

En estas definiciones la FNE incurre en múltiples imprecisiones y confusiones; **acomoda en forma antojadiza y excesivamente restrictiva los mercados relevantes**, esgrimiendo en forma arbitraria los precedentes nacionales y extranjeros para exacerbar la participación de mercado de nuestra representada, los que son contradictorios e inconsistentes aguas arriba y aguas abajo; y **ni siquiera menciona la manera fundamental en que los OTP ofrecen sus servicios, esto es, a través de paquetes de múltiples servicios de telecomunicaciones**.

Esto lleva a que las definiciones propuestas por la FNE sean inutilizables en el proceso, no sirviendo de base para determinar la supuesta, pero inexistente, posición monopólica de CDF.

A. LA FNE CONFUNDE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL CON DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE Y CARACTERIZACIÓN DE UN AGENTE ECONÓMICO COMO MONOPOLIO.

El punto de partida del ejercicio de la FNE es señalar que CDF es el titular exclusivo de los derechos de transmisión de los partidos del CNFP. Sin embargo, lo que la FNE trata como una particularidad propia de CDF, no es solo la regla general en el contexto deportivo, sino que es tremendamente común en otros ámbitos e industrias completamente diferentes. En efecto, la mayoría de los derechos deportivos son licenciados exclusivamente a una empresa o grupo de empresas, al menos para determinada forma o plataforma de transmisión, que en este caso sería la TV Paga.

En términos similares, la mayoría de los derechos de propiedad industrial, por ejemplo, patentes, marcas, diseños industriales, modelos de utilidad, otorgan facultades exclusivas y excluyentes a sus titulares, para utilizar, replicar y rentabilizar, con distintos niveles de intensidad, el objeto del registro respectivo. Aquí el rol del Estado es, a través de las instituciones y registros existentes, proteger, garantizar y fomentar el desarrollo, la innovación y la creación de nuevos y mejores bienes y servicios.

Esta mirada de derechos exclusivos que pueden ostentar los agentes económicos ilustra la confusión en la que incurre la FNE al asimilar la tenencia exclusiva de un derecho con una definición de mercado relevante y, peor aún, una posición monopólica en dicho mercado. Es errado asumir, como parece pretender la FNE, que la sola existencia de cualquier derecho exclusivo como los antes indicados da lugar, por sí solo, a un mercado relevante en términos de libre competencia y que en dicho mercado, tanto aguas arriba, a nivel de tenencia de derechos, como aguas abajo, al nivel de distribución de bienes o servicios, el titular de la marca, patente, licencia u otro derecho de propiedad intelectual sería un monopolio.

CDF es titular de atractivos derechos de transmisión del fútbol nacional que fueron licenciados por la ANFP, organismo que agrupa a todos los clubes involucrados en la generación del producto indispensable para la existencia de estos derechos: los torneos de fútbol nacional. Así, el solo hecho de ser la única compañía que ostenta tales derechos no justifica definir un mercado relevante circunscrito únicamente a ellos ni concluir apresuradamente que en ese mercado artificialmente definido nuestra representada ostenta un monopolio.

Llegar a esa conclusión implicaría que, por definición, las exclusividades surgidas de derechos de propiedad intelectual generarían monopolios y, por ende, supondrían riesgos a la competencia, siendo que tanto tales exclusividades y, más generalmente, la protección y promoción de la propiedad intelectual, cumplen un rol completamente inverso, cual es fomentar, premiar y remunerar la innovación, potenciando la competencia en los mercados.

Es más, la decisión de otorgar estos derechos de forma exclusiva surge precisamente de sus titulares, la ANFP y los clubes que la componen, cuestión completamente razonable y entendible si se considera el objetivo de maximizar las ganancias que provienen del licenciatario. Fundamental en este aspecto es reiterar que tales ganancias han aumentado con el paso del tiempo, y lo hicieron en forma significativa

cuando Turner adquirió CDF, y que son recibidas por la ANFP para luego ser repartidas entre los clubes, generando un círculo virtuoso que se ha mantenido incluso en los difíciles años 2019 y 2020.

Nada de esto se condice con la imagen de monopolista abusador que la FNE pretende, mucho menos con la idea planteada en el Requerimiento de que dicha posición de supuesto monopolio proviene únicamente de la tenencia de derechos exclusivos sobre los torneos de fútbol profesional.

Por el contrario, estos derechos exclusivos sí generan una alineación de intereses entre todos los directamente involucrados -clubes, ANFP y CDF- en torno a crear un espectáculo de la más alta calidad en términos deportivos y audiovisuales, para así proveer un producto de excelencia a los OTP y, en definitiva, a los consumidores finales.

B. LAS DEFINICIONES DE MERCADOS RELEVANTES PROPUESTAS POR LA FNE SON ANTOJADIZAS Y EXCESIVAMENTE ESTRECHAS O AMPLIAS, SEGÚN SU CONVENIENCIA, LLEVANDO A GRAVES CONTRADICCIONES E INCONSISTENCIAS

Es usual y esperable que el punto de partida de la definición de un mercado relevante sea referenciar la jurisprudencia existente para la industria específica. Sin embargo, este tipo de analogías debe realizarse con cuidado, porque ciertas definiciones no necesariamente serán idóneas para diversas áreas del derecho de la libre competencia.

Por ejemplo, en el contexto de fusiones las autoridades suelen optar por definiciones estrechas, que aumentan los potenciales riesgos y por ende son más conservadoras, pero ese tipo de definiciones pueden resultar inadecuadas para la determinación de la existencia de una posición de dominio y arribar a la conclusión de que se estaría abusando de la misma.

Lamentablemente, la FNE fue poco cuidadosa, puesto que no solo citó, sin precisiones ni aclaraciones, definiciones de mercado provenientes de casos de conductas sui generis o de operaciones de concentración, sino que ajustó y combinó tales definiciones, arbitrariamente y sin explicaciones, para crear un mercado relevante excesivamente estrecho en que nuestra representada sería monopólica y en que sus señales supuestamente pertenecerían a diferentes mercados.

- En primer lugar, la FNE cita la sentencia N° 173/2020 de este H. Tribunal, razonando en base a ella que “[d]e cara al consumidor final, los espectáculos deportivos del CNFP no tienen sustitutos cercanos”⁴⁵. Sin embargo, la FNE no sigue con fidelidad la postura del H. Tribunal, ignorando que su conclusión a este respecto fue que “el mercado relevante está constituido por todos aquellos partidos de fútbol organizados por la ANFP, ofrecidos directamente en estadios o indirectamente a través de la radio y la televisión, en que compiten los equipos de Primera División y Primera B del fútbol chileno.”⁴⁶

Es decir, para el H. Tribunal en el mismo mercado se encontrarían tanto los partidos del CNFP, como todos otros aquellos que disputen equipos de Primera División y Primera B, tales como Copa Chile⁴⁷ y Supercopa.

- En segundo lugar, la FNE citó una decisión de la Comisión Europea, relativa a la venta conjunta de los derechos de la UEFA Champions League, que en el contexto de la adquisición mayorista de derechos de transmisión, no de venta mayorista de canales, señala que “*hay un mercado separado para la adquisición de derechos de transmisión televisiva para [partidos de] fútbol que son jugados regularmente durante un año. Esta definición, involucraría, en la práctica, principalmente a los partidos en ligas nacionales y copas, así como en la UEFA Champions League y la Copa UEFA*”⁴⁸.

Es decir, no solo la decisión de la Comisión Europea se refiere a un nivel de la cadena vertical diferente de la provisión mayorista de canales, sino que reconoce expresamente la sustituibilidad entre diversos derechos de transmisión de torneos de fútbol jugados en forma habitual a lo largo de un año, como ocurre con competencias

⁴⁵ Requerimiento, párrafo 47.

⁴⁶ Sentencia TDLC N° 173/2020 de fecha 25 de junio de 2020, c.64. Énfasis agregado. En forma similar, en el contexto de licenciamiento de derechos, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España siguió una definición amplia, considerando que “*el mercado de organización de competiciones futbolísticas oficiales de fútbol y el mercado de comercialización de derechos audiovisuales deportivos*” constituyen mercados de producto, sin que sea necesario subdistinguir dentro de ellos a mercados específicos para las competiciones y derechos relativos a campeonatos nacionales de fútbol en que participan clubes de segunda división B y tercera división. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, decisión de 19 de julio de 2018 en Expte. SDC/0606/17, Real Federación Española de Fútbol, pp. 4-5.

⁴⁷ Esto es confirmado por el H. Tribunal cuando señala: “*Que, en primer término, los partidos oficiales de los equipos de fútbol de la Primera B no están sólo circunscritos a partidos del campeonato o torneo nacional de esta categoría, sino que deben ser incluidos, además, los partidos que estos equipos juegan en la llamada “Copa Chile”, copa que incluye además a los equipos de la Primera División del fútbol chileno y que se juega de manera ininterrumpida desde hace más de una década*”. Sentencia TDLC N° 173/2020 de fecha 25 de junio de 2020, c. 57.

⁴⁸ Comisión Europea, decisión de fecha 23 de julio de 2003 en caso COMP/G2-37-398 “Joint Selling of the commercial rights of the UEFA Champions League”, párrafos 77 y 79. Esta misma distinción entre partidos jugados regularmente y aquellos de tipo intermitente es asumida en otros de la Comisión Europea, tales como decisión de 13 de noviembre en caso COMP/M.2483 Canal+/RTL/GJCD/JV, párrafo 21 y decisión de 18 de junio de 2007 en el caso COMP/M.4519 Lagardère/Sportfive, párrafo 10.

locales, como el CNFP y la Copa Chile, e internacionales como la Copa Sudamericana y la Copa Libertadores.

En este sentido, otros canales deportivos que transmiten torneos internacionales como las distintas variantes de ESPN o Fox Sports -hoy fusionados en un solo conglomerado- ciertamente compiten con las señales de CDF. Esto es particularmente relevante para consumidores finales interesados en el fútbol que no tienen preferencias fuertes por un equipo determinado, para quienes CDF Premium o CDF HD pueden claramente ser sustituidos por ESPN o Fox Sports. Aquello podrá ocurrir, por ejemplo, cuando se encuentra disputando Copa Libertadores o Sudamericana y consumidores, ante una restricción presupuestaria, deben optar entre contratar CDF Premium o Fox Sports Premium. Por otra parte, hay una gran cantidad de espectadores amantes del fútbol, que pueden preferir seguir las ligas europeas o sudamericanas de fútbol y que por tiempo⁴⁹ o disposición a pagar, contratan aquellos canales deportivos que transmiten esos partidos, sin necesidad de contratar CDF Premium.

- En tercer lugar, la FNE agrega un único precedente que efectivamente trata de productos y servicios de TV Paga en el contexto de una operación de concentración llevada a cabo en la Unión Europea⁵⁰. En este caso, la Comisión Europea afirmó en su aprobación condicional definitiva *“que el mercado puede ser segmentado en (i) canales básicos y premium de televisión de pago y, dentro los últimos, entre (ii) canales premium de películas de televisión de pago y canales premium deportivos de televisión de pago.”*⁵¹

Por la importancia del razonamiento que llevó a la Comisión Europea a concluir de esa forma, resulta útil citar en extenso el párrafo respectivo:

“La investigación de mercado ha confirmado la distinción entre canales básicos y premium de televisión de pago y entre canales premium de películas de televisión de pago y canales premium deportivos de televisión de pago. Con respecto a los canales deportivos, la investigación de mercado ha indicado que los canales premium deportivos de televisión de pago no pueden ser

⁴⁹ Hay sólo una cierta cantidad de tiempo que una persona puede destinar a ver fútbol y la oferta programática de los distintos canales deportivos excede con creces ese tiempo limitado, por lo que se debe optar.

⁵⁰ El caso en cuestión es la operación de concentración caso M.7000 - Liberty Global/Ziggo. Sin embargo, la FNE parece equivocarse en su referencia, puesto que en el Requerimiento (párrafo 51 y nota 34) se refiere a la decisión de 10 de octubre de 2014 de la Comisión Europea, siendo que dicha decisión fue anulada por el Tribunal General mediante sentencia de fecha 26 de octubre de 2017, por lo que la Comisión debió re-evaluar la transacción en un procedimiento que culminó con su decisión, de fecha 30 de mayo de 2018, volviendo a aprobar condicionalmente la operación.

⁵¹ Comisión Europea, decisión de fecha 30 de mayo de 2018 en caso M.7000 - Liberty Global/Ziggo, párrafo 115.

reemplazados por otros canales premium y/o temáticos (es decir, no deportivos). Por las mismas razones indicadas en la sección 5.1.1.1., la Comisión rechaza el argumento de que el mercado puede ser segmentado aún más para incluir solamente ciertos canales “esenciales”. El hecho de que esos canales puedan atraer suscriptores y generar ganancias no quiere decir que no existen alternativas para ellos y que los proveedores minoristas de televisión no pueden diferenciar sus ofertas de otra manera. En cualquier caso, en la sección 6.3 la Comisión lleva a cabo una evaluación del riesgo de cierre de mercado en relación al canal ZST.”⁵²

Esta decisión y la respectiva cita develan la estrategia de la FNE de elegir las secciones de los precedentes que más se acomoden a su teoría del caso, aun cuando no representen a cabalidad su contenido y alcance. Aunque es cierto que la Comisión Europea segmentó el mercado entre canales de televisión de pago básicos y premium, diferenciando entre los últimos a los canales de películas y deportivos, la Comisión también descartó categóricamente la posibilidad de subdividir la categoría de canales deportivos premium para incluir solamente los “esenciales”. Y esto último querría decir que la definición del mercado relevante nunca podría estar acotada únicamente a las señales premium de CDF, siendo ineludible incluir otros canales deportivos premium, como Fox Sports Premium.

Enseguida, la FNE prosigue con su ejercicio pasando a la distribución minorista, donde repite las mismas inconsistencias:

59. Pues bien, de los antecedentes de la investigación se desprende que el mercado relevante aguas abajo es el de la distribución minorista de las señales CDF Premium y CDF HD a los usuarios finales a nivel nacional. Adicionalmente, existe un mercado separado, que corresponde al de la distribución minorista de señales básicas, entre las cuales se incluye CDF Básico.

Aparte de los errores ya mencionados, surge un argumento adicional respecto de las señales premium a nivel minorista, cual es que por decisión de los OTP, y no de CDF, los consumidores no pueden acceder directa e individualmente a CDF Premium y CDF HD y, por ende, no existe un mercado que comprenda únicamente las señales CDF Premium y CDF HD.

Por ello, la FNE olvida la lógica del funcionamiento de la industria de TV Paga, al pretender que existe competencia “intra-marca” entre los OTP que ofrecen las señales premium de nuestra representada, siendo que en verdad ofrecen servicios de

⁵² Comisión Europea, decisión de fecha 30 de mayo de 2018 en caso M.7000 - Liberty Global/Ziggo, párrafo 112. Citas omitidas, Énfasis agregado.

televisión de pago básicos y/o paquetes de telecomunicaciones, cuya adquisición es condición indispensable para que los suscriptores contraten CDF Premium y CDF HD. La definición de mercado de la FNE es una quimera que no existe en la realidad, porque, pese a que a CDF le encantaría que los OTP vendieran CDF como un producto separado, éstos simplemente no lo hacen si no se adquiere un paquete de canales básicos junto con él.

En este nivel se hace evidente, además, la **contradicción e inconsistencia entre las definiciones de mercado que la FNE usa para las señales CDF Premium y HD, y CDF Básico.**

- En primer término, porque conforme a los casos antes citados, los canales que transmitan partidos en vivo (así como en diferido) debiesen pertenecer al mismo mercado relevante, y Turner y nuestra representada informaron en reiteradas ocasiones a la División de Fusiones de la FNE que, a partir de 2019, CDF Básico transmitiría partidos en vivo de la Primera B, lo que se ha estado realizando durante todo el 2019, 2020 y 2021.
- En segundo término, porque las definiciones usadas para CDF Premium y HD, por un lado, y para CDF Básico, por el otro, son completamente asimétricas.

Mientras la FNE considera tan importante el contenido de las señales CDF Premium y HD que supuestamente constituirían un mercado propio, en que no habría otros competidores, a CDF Básico lo trata como una señal más de las que está incluida en la parrilla básica, pese al contenido futbolístico y deportivo que se le ha ido incorporando a lo largo del tiempo.

Es decir, para referirse al CDF Premium considera un mercado relevante extremadamente estrecho, al punto que estaría conformado sólo por partidos del CNFP, excluyendo incluso una gran cantidad de contenido futbolístico y deportivo, pero en cambio, para referirse al CDF Básico, utiliza un criterio amplísimo, incluyendo canales con contenido muy diverso, por ejemplo, noticias, dibujos animados, películas, series, música, cocina u otros. Se esperaría mayor consistencia de la FNE en la elección de sus criterios para definir mercados relevantes considerados en un mismo Requerimiento.

A partir de la elección de los elementos de los precedentes que le resultan convenientes, la FNE definió un mercado relevante mayorista y minorista para las señales CDF Premium y HD que es excesivamente estrecho, con el objetivo de calificar a CDF como un monopolista. Inversamente, en abierta contradicción e inconsistencia con dicha definición, la FNE trata a CDF Básico, pese a que transmite partidos del CNFP en vivo y en directo, como parte del mercado minorista general de señales, con el único propósito de intentar diferenciarlo de las señales premium de nuestra representada y dar credibilidad a su acusación de ventas atadas.

C. LA FNE DEFINE MERCADOS RELEVANTES SIN CONSIDERAR LA DINÁMICA EFECTIVA DE ESTA INDUSTRIA, CUYA CARACTERÍSTICA PRIMORDIAL ES FUNCIONAR EN BASE A PAQUETES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

La industria de las telecomunicaciones opera, básicamente, a través de paquetes de servicios de telecomunicaciones, siendo las únicas excepciones a esta regla general DIRECTV y Tu Ves, ya que son los únicos OTP que ofrecen únicamente paquetes de televisión, sin combinarlos con otros servicios de telecomunicaciones.

Esta particularidad de la industria de las telecomunicaciones no es ajena a la FNE. En un reciente caso, la FNE hizo un detallado análisis de la industria, recalcando, entre otras cosas, que cuatro de los 5 principales OTP -es decir, todos excepto DIRECTV- ofrecen sus servicios de televisión pagada de manera individual y/o paquetizada⁵³.

De acuerdo con las cifras más recientes de la Subtel, actualizadas a septiembre de 2020, de un universo de 3,237,650 personas suscritas a servicios de televisión de pago, solo 1,294,755 tienen contratado únicamente este servicio con su proveedor respectivo, es decir, más del 60% de los consumidores finales tiene un paquete multiservicios de televisión y telefonía, televisión e internet o televisión, telefonía e internet⁵⁴. Y si restáramos del cálculo a los 746.021 suscriptores de DIRECTV y Tu Ves, por no contar dentro de sus capacidades ofrecer servicios de telecomunicaciones diferentes a televisión, dicho porcentaje se elevaría a casi 78%.

Tan preponderante es la venta paquetizada de servicios de telecomunicaciones que en el aporte de antecedente recién mencionado, la FNE dedicó un apartado específico

⁵³ Procedimiento No Contencioso, Rol N° NC-459-2019, Aporte de Antecedentes FNE de fecha 13 de diciembre de 2019, párrafo 90.

⁵⁴ Cifras actualizadas de Subtel disponibles en <https://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/television/>.

a abordar las relaciones existentes entre los mercados de telecomunicaciones a través de los packs u ofertas conjuntas que están disponibles para los consumidores.⁵⁵

Entre las características más relevantes de estas ofertas conjuntas, la FNE indicó que *“después del precio, los packs serían el segundo factor más importante a la hora de elegir un Operador de Televisión Pagada”*⁵⁶. Es decir, sería razonable que los suscriptores consideren no solo el precio del paquete, o la modificación puntual que este sufrió, sino los descuentos multi-producto que dejarían de recibir al abandonar un proveedor y/o los que comenzarían a recibir del proveedor que contraten.

Además, dadas las economías de ámbito existentes, en base a la investigación realizada en esa ocasión, la FNE incluso señaló que *“la competencia se genera entre las redes de los proveedores de servicios en los distintos segmentos, y no necesariamente ni únicamente en los productos específicos que componen los packs.”*⁵⁷

Entonces, si los OTP no compiten necesaria ni únicamente por los productos o servicios que componen sus paquetes, como Internet, telefonía y televisión, con mayor razón no compiten a través de la provisión de subproductos específicos del servicio televisivo, como lo serían las señales premium de CDF.

Sorprendentemente, el Requerimiento no incluye este factor en su análisis y, de hecho, ni siquiera menciona una vez el concepto de paquetes o packs.

Lejos de ser el único factor omitido, también están ausentes en el Requerimiento otros múltiples elementos relevantes de la industria de las telecomunicaciones y de la televisión de pago.

- En primer lugar, la FNE omite que desde 2006 la concentración del mercado de provisión minorista de servicios de televisión de pago ha disminuido significativamente y que la mayoría de los OTP han aumentado sus suscriptores en

⁵⁵ Procedimiento No Contencioso, Rol N° NC-459-2019, Aporte de Antecedentes FNE de fecha 13 de diciembre de 2019, párrafo 84.

⁵⁶ Procedimiento No Contencioso, Rol N° NC-459-2019, Aporte de Antecedentes FNE de fecha 13 de diciembre de 2019, párrafo 134.

⁵⁷ Procedimiento No Contencioso, Rol N° NC-459-2019, Aporte de Antecedentes FNE de fecha 13 de diciembre de 2019, párrafo 133 (citas omitidas).

términos absolutos, incluido VTR, aunque este último ha sufrido una reducción en su participación en el mercado a nivel nacional.⁵⁸

- En segundo lugar, también es importante tener en consideración que el mercado geográfico no necesariamente es nacional, como lo define la FNE, sino que es pertinente tomar en cuenta las particularidades de ciertas localidades, comunas y regiones del país, dado que no todos los OTP están presentes en todo el país⁵⁹.

Como bien lo resumió la Excm. Corte Suprema, haciendo eco de un informe económico, implica “*falta de razonabilidad suponer que un habitante de Punta Arenas tiene la posibilidad de cambiarse a uno [OTP] que opera en Iquique.*”⁶⁰

De manera similar, considerar las particularidades de cada sector geográfico es importante dado que los problemas de factibilidad técnica e incentivos existentes en edificaciones antiguas generan exclusividades de facto y mantienen cautivos a los residentes de tales inmuebles⁶¹.

- En tercer lugar, el Requerimiento omite que el mercado de contenidos audiovisuales, muchísimo más amplio que el de televisión, ha avanzado y evolucionado sustantivamente en los últimos años, incorporándose múltiples servicios Over-The-Top (“**OTT**”) a la escena nacional, en especial en este último año marcado por la pandemia.

Ciertamente las OTTs han irrumpido con fuerza, manteniéndose el liderazgo de Netflix, lo que ha alterado los patrones de consumo de contenido audiovisual y la manera en que los clientes finales distribuyen su limitado presupuesto, lo cual tiene un impacto innegable en la TV Paga.

Consecuencialmente, de cara a los consumidores, servicios premium, como las señales CDF Premium y CDF HD, reciben la presión competitiva de todos los canales premium ofrecidos por el respectivo OTP y, adicionalmente, de la variada gama de

⁵⁸ Procedimiento No Contencioso, Rol N° NC-459-2019, Aporte de Antecedentes FNE de fecha 13 de diciembre de 2019, párrafos 139-141 y cuadros N° 3 y N°4. Sin perjuicio de esa disminución a nivel nacional, la FNE estima que dicha participación no reflejaría verdadera importancia competitiva de VTR en las zonas donde opera, pues considerando solamente estas zonas su participación ascendería a un valor entre 40-50% para el año 2019. *Ibid.*, par. 146.

⁵⁹ Sentencia Excm. Corte Suprema de fecha 15 de mayo de 2019, Ingreso Corte N° 8318-2018, c. 18.

⁶⁰ Sentencia Excm. Corte Suprema de fecha 15 de mayo de 2019, Ingreso Corte N° 8318-2018, c. 18.

⁶¹ Procedimiento No Contencioso, Rol N° NC-459-2019, Aporte de Antecedentes FNE de fecha 13 de diciembre de 2019, párrafos 267-270.

OTTs actualmente presentes en nuestro país, en tanto todos dependen del presupuesto y tiempo de ocio de los consumidores.

- Finalmente, pese a que en 2019 la Subtel identificó barreras a la salida que utilizan las empresas en el mercado de las telecomunicaciones, para evitar que los clientes terminen sus contratos⁶²; datos recopilados anteriormente por la FNE muestran que para los 6 principales OTP existe una relevante rotación anual de los clientes de planes de televisión de pago, representando los nuevos suscriptores, como porcentaje de la base total del OTP respectivo en el año anterior, un mínimo de 20-30% para VTR en 2015 y 2016, y un máximo de 100-110% para Entel en 2016⁶³.

Independientemente del motivo que induzca a los suscriptores a cambiar de OTP, estos niveles de rotación sugieren que la supuesta disminución de la competencia aguas abajo causada por el modelo de negocios de nuestra representada sería completamente inexistente.

Quizás por ello es que la FNE fue tan dubitativa y no se atrevió a señalar que las prácticas denunciadas han provocado efectos anticompetitivos.

D. HACIA UNA CORRECTA DEFINICIÓN DE MERCADO – CDF NO OSTENTA MONOPOLIO ALGUNO

Todas las falencias recién descritas del planteamiento de la FNE hacen inevitable concluir que los mercados definidos en el Requerimiento no cumplen los requisitos mínimos para ser considerados a efectos de determinar si existe una posición de dominio de nuestra representada, menos para analizar los efectos de sus conductas.

Dada la carga de la prueba, pesa sobre la FNE subsanar y corregir tales errores, y acreditar en este procedimiento definiciones de mercado relevante que, fuera de servir para su teoría del caso, se condigan con la realidad de esta industria y los precedentes nacionales e internacionales sobre la materia.

⁶² Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-57782.html>.

⁶³ Investigación de División de Fusiones Rol FNE F116-18, Informe Aprobación, párrafo 118 y cuadro 10. Nótese que, según ya se explicó, es relevante diferenciar la zona en que se presta el servicio, puesto que el nivel de rotación de clientes para VTR, por ejemplo, no es homogéneo en todas las comunas. Procedimiento No Contencioso, Rol N° NC-459-2019, Aporte de Antecedentes de FNE de fecha 13 de diciembre de 2019, párrafos 262-263.

Sin perjuicio de lo anterior, las críticas antes esbozadas permiten perfilar y bosquejar ciertos elementos mínimos que debiesen considerar las definiciones de mercado relevante para encaminarse a ser un reflejo fiel del funcionamiento de la industria:

- A nivel mayorista, único ámbito en el que está presente nuestra representada, por lo menos todos los canales premium deportivos pertenecen al mismo mercado relevante y, por tanto, CDF no puede ostentar, por definición, un monopolio.
- Como mínimo, los torneos nacionales e internacionales jugados habitualmente a lo largo del año pertenecen al mismo mercado relevante, reafirmando que Fox Sports Premium, dedicado a transmitir la Copa Libertadores, pertenece al mismo mercado que las señales premium de CDF. Más aún, a este nivel también pueden considerarse otros canales que transmiten partidos atractivos de ligas internacionales, como los de ESPN, y también CDF Básico, que transmite regularmente partidos en vivo de la Primera B.
- La definición a nivel minorista debiese, como mínimo, replicar tales consideraciones del ámbito mayorista. Más importantemente, debe tenerse en consideración que las señales premium, por decisión de los OTP, no existen como servicios individualmente accesibles por parte de los consumidores, por lo que los canales y señales premium no pueden conformar mercados minoristas independientes de los servicios básicos de televisión y, más generalmente, de los servicios de telecomunicaciones.
- Por el contrario, si se rechazase la jurisprudencia de la Comisión Europea, y se optare por seguir la sentencia N° 173/2020 del TDLC, tampoco correspondería hacer una distinción entre formas de transmisión de los partidos en que se enfrentan equipos de Primera División y Primera B, tales como radial y televisiva. Bajo esta perspectiva, señales como CDF Básico, Premium y HD necesariamente pertenecerían al mismo mercado relevante, más teniendo en cuenta que desde 2019 CDF Básico ha transmitido en vivo múltiples partidos de la Primera B.

Cualquiera sea la postura que se asuma, es menester considerar las singularidades de la industria de la televisión de pago y de telecomunicaciones, entre la cuales hay que resaltar la preponderancia de las ofertas conjuntas de servicios de

telecomunicaciones; las particularidades que se dan en la competencia a nivel local, en especial en lo que respecta a la cautividad que aqueja a algunos suscriptores; y la constante rotación de suscriptores, no obstante haber erigido los OTP importantes barreras a la salida. Del mismo modo, es indispensable tomar en cuenta los cambios que ha sufrido la industria de televisión de pago entre 2006 y la actualidad, por ejemplo, la alta concentración existente a nivel minorista en 2006 y la elevada participación de mercado de VTR en esa época; la reducción de la concentración del mercado de servicios de televisión de pago; y la disrupción generada en la industria del contenido audiovisual con la entrada y auge de los servicios OTT.

VI. NO CONCURREN LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 3 INCISO 1° Y LETRA B) DEL DL 211 PARA SANCIONAR A CDF: NO HA EXISTIDO UN ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE; NADA HA SIDO IMPUESTO POR CDF, SINO ACORDADO CON LOS OTP; HAN EXISTIDO EFECTOS POSITIVOS Y PRO-COMPETITIVOS; Y NO SE HA MENOSCABADO LA LIBRE COMPETENCIA

Antes de comenzar en el análisis sustantivo de las prácticas imputadas y de su capacidad de generar (y efectiva generación) de eficiencias y beneficios para los consumidores, y sin perjuicio que el H. Tribunal estimó que la FNE subsanó su requerimiento mediante su presentación de folio 26, es necesario indicar que dicho organismo modificó sustancialmente su teoría del caso, alterando aquello que sostenía en su original requerimiento.

Tanto es así que la FNE alteró el fundamento inmediato de su pretensión sancionatoria (causa de pedir), desde cuestionar como anticompetitiva la aplicación conjunta de las cuatro prácticas comerciales denunciadas, las que en dicha forma configuraban un modelo lesivo para la libre competencia, para luego plantear que cada una de las prácticas constituiría por sí misma una conducta constitutiva de abuso de posición de dominio.

Esta sustancial modificación al Requerimiento incluso se extendió a su petitorio, ya que mientras en el libelo original solo requería el cese de su aplicación conjunta, en el Requerimiento enmendado la FNE solicita que se ordene a CDF poner término de inmediato a todas y cada una de las cuatro prácticas que denuncia como atentatorias para la libre competencia.

Esta actitud vacilante de la FNE pone en evidencia que, luego de más de tres años de investigación, carece de la mínima certeza y convicción exigible sobre qué conducta imputar a nuestra requerida como atentatoria a la libre competencia.

A. ¿QUÉ IMPUTA LA FNE EN ESTE NUEVO REQUERIMIENTO?

La FNE acusa ahora a CDF de haber supuestamente impuesto, paulatina y permanentemente, desde el año 2006 a los OTP cuatro prácticas que individualmente serían anticompetitivas, **sin dar mayor detalle sobre la forma y momento en que fueron surgiendo cada una de ellas respecto de cada OTP.**

Estas cuatro prácticas serían (i) la limitación o el control de las promociones, (ii) el establecimiento de una limitación a vender bajo costo, (iii) la fijación de un número de abonados mínimos supuestamente arbitrario y (iv) la pretendida exigencia a los OTP de distribuir CDF Básico a toda su base de suscriptores, como condición para poder acceder a CDF Premium o CDF HD.

La FNE acusa que estas prácticas tendrían como objetivo y efecto restringir la competencia intra marca aguas abajo y habrían permitido a nuestra representada extraer rentas sobre toda la base de clientes de los OTP, y que para valorar la completa extensión de la gravedad de estas conductas y sus efectos debe considerarse el establecimiento de las demás.

Como se verá, las prácticas comerciales y el modelo de negocios desarrollados por CDF no han dañado la competencia en ninguno de los mercados en que CDF puede incidir, **independientemente de la forma en que estos sean definidos.** Por el contrario, han sido favorables para la competencia y el consumidor.

A modo de resumen, cabe destacar que el **modelo actual de negocios de CDF**, compuesto en parte por las prácticas aquí analizadas, las que integran los contratos que CDF tiene con los OTP, **ha implicado:**

- Un aumento fuerte en la penetración de las señales CDF Premium y HD, en una proporción mucho mayor de lo que ha crecido la industria y el número de suscriptores totales;
- Un desarrollo evidente del producto ofrecido, que se plasma en factores objetivos, tales como la mejoría en la calidad de transmisión, pasando de SD a HD, y el crecimiento exponencial de la cantidad de partidos del CNFP transmitidos semanalmente, a lo que se suma la inclusión de partidos de múltiples otras competencias futbolísticas, como Copa Chile, Super Copa, Copa América, clasificatorias para mundiales, mundial de

clubes de fútbol y de torneos y eventos de otras disciplinas, como handball, rugby, baloncesto, polo, entre otras; y

- Que los precios mayoristas de las señales CDF (únicos valores que CDF puede controlar o determinar) se han mantenido estables, con alzas menores por aumentos del IPC, lo que ha llevado a que el precio minorista actual de CDF Premium (i) sea menor, en términos reales, que el existente antes de la implementación de este modelo; y (ii) se haya mantenido en los mismos niveles desde el año 2006.

B. CDF NO HA IMPUESTO PRÁCTICAS COMERCIALES NI CLÁUSULAS CONTRACTUALES A LOS OTP Y SU MODELO NO RESULTA LESIVO PARA LA LIBRE COMPETENCIA

La exposición fáctica inicial y basal del Requerimiento permite ilustrar de buena manera lo imprecisa que es la imputación de la FNE y, más importante aún, lo alejada que se encuentra de cómo efectivamente ha surgido el modelo de negocios de nuestra representada:

10. Según los antecedentes recopilados durante la Investigación, al menos desde la creación de CDF Básico en el año 2006 hasta la fecha, la Requerida ha implementado de forma paulatina y ejecutado de manera permanente las siguientes prácticas comerciales que ha impuesto a los cableoperadores: i) la limitación o el

Esta aseveración de la FNE es cuestionable desde varias perspectivas, por ejemplo:

- (i) CDF no ha impuesto práctica alguna a los OTP, sino que solamente ha negociado y celebrado con ellos contratos que contienen cláusulas mutuamente aceptadas y aceptables.
- (ii) A pesar de que se le había ordenado al acogerse la excepción dilatoria el señalar la fecha de inicio de las supuestas conductas lesivas, la FNE se limitó a repetir de forma genérica que sería desde el año 2006 y de forma paulatina, sin dar ningún detalle, distinción o aclaración respecto a la fecha de surgimiento de cada “práctica” (en realidad cláusulas contractuales) en los acuerdos con cada OTP.
- (iii) Tampoco indica cuándo cada práctica individualmente considerada se habría tornado “lesivas para la competencia” o su establecimiento conjunto habría comenzado a agravar los supuestos efectos anticompetitivos de las demás.

H. Tribunal, estos defectos no son abordados en ninguna parte del Requerimiento, y constituyen inconsistencias insalvables de la teoría del daño de la FNE, como a continuación pasamos a explicar.

1. **CDF no ha impuesto cláusulas ni prácticas comerciales a sus clientes, puesto que siempre ha negociado con OTP con gran poder de compra y ha celebrado contratos que sean mutuamente aceptados y aceptables**

Los actos presuntamente anticompetitivos que la FNE imputa a nuestra representada, convenientemente denominados como “prácticas comerciales” en el Requerimiento, no son ni más ni menos que las **cláusulas contractuales que CDF acordó con los OTP, intentando conciliar los intereses de ambas partes.**

Por definición, los contratos nacen del concurso de voluntades de las partes, quienes después de negociar consienten en una determinada forma jurídica de obligarse y satisfacer sus necesidades, siguiendo las cláusulas que componen los contratos esa misma lógica. CDF y las relaciones comerciales que ha mantenido con sus clientes desde sus inicios hasta la actualidad no son la excepción a esta regla contractual.

Podemos comprobar que en su Requerimiento la FNE no indaga en absoluto en la naturaleza contractual de las prácticas que cuestiona, ni en las implicancias de tal naturaleza en la alegación -meramente declarativa- de una imposición por parte de nuestra representada. De hecho, la FNE omite completamente de su análisis la existencia de los contratos de CDF y de las cláusulas objeto del Requerimiento.

Sin perjuicio de que es carga de la FNE acreditar sus alegaciones, cabe reiterar que es de trascendental importancia el origen de las cláusulas en cuestión:

- Nuestra representada no impuso cláusula alguna a OTP con amplio poder de mercado, como VTR y Metrópolis Intercom, en 2003 y 2004 - inmediatamente después de la creación de CDF-. Algunas de las cláusulas imputadas provienen desde esa época.
- Fue Telefónica quien determinó el surgimiento de CDF Básico, cuando CDF se encontraba en franca crisis financiera.
- CDF no impuso en 2006 un modelo de negocios ni mínimos garantizados a VTR -recientemente fusionado con Metrópolis Intercom y con una participación de mercado de casi 80%.

- En el contexto de un acuerdo por la venta de ZAP, fue Claro/Telmex -un gigante de las telecomunicaciones- quien determinó las condiciones del negocio, incluyendo la incorporación de mínimos garantizados y la inclusión de CDF Básico.
- La cláusula de mínimos garantizados fue reincorporada en el contrato con VTR en el contexto de un procedimiento arbitral que concluyó con la suscripción de un nuevo contrato entre CDF y VTR en 2014.

Como ya hemos visto y seguiremos desarrollando, desde el inicio de sus actividades comerciales, nuestra representada siempre ha negociado condiciones contractuales, sin imponer nada a sus contrapartes, muchas de las cuales siempre han tenido un enorme poder negociador. Por lo demás, la forma, ocasión y contexto en que surgieron estas cláusulas demuestra lo absurdo que es pensar, como la FNE afirma, que CDF haya podido imponer condiciones contractuales a sus clientes a partir de 2006.

2. Las condiciones contractuales entre CDF y los OTP surgieron a partir de diversas negociaciones, ajustes y modificaciones contractuales realizadas a lo largo del tiempo; no fueron implementadas de un momento a otro

Actualmente CDF mantiene relaciones comerciales y contractuales con más de 30 OTP, no siendo efectivo que todas ellas hayan iniciado en 2006 o antes. De hecho, probablemente en 2006 ni siquiera existían en Chile los 40 OTP a que la FNE hace referencia y, en cualquier caso, a esa fecha CDF no mantenía relaciones ni comerciales ni contractuales con tanta cantidad de clientes.

No se entiende cómo podría, entonces, existir una ejecución de cláusulas desde el 2006 respecto de 40 clientes que CDF, en ese año, simplemente no tenía. Más importante aún es que tampoco resulta sensato pretender que las cláusulas contractuales son lesivas para la competencia indistintamente de la situación de CDF, de la cantidad de OTP que implementaron las cláusulas en cuestión y del año en que se analicen sus efectos, debido a que estos últimos están fuertemente determinados por los cambios que ha sufrido la industria de televisión de pago desde el 2006 a la fecha.

Todo lo anterior tiene una crucial consecuencia, cual es que incluso si se estimase erróneamente que las condiciones contractuales son actualmente lesivas para la libre competencia, tal conclusión no es extrapolable para períodos anteriores.

Consiguientemente, la pretensión de la FNE no puede triunfar, como pretende hacerlo a través del Requerimiento, simplemente declarando que las prácticas de CDF actualmente afectan la libre competencia. Por el contrario, la carga de la prueba **le exige a la FNE acreditar:**

- (i) Que las condiciones contractuales son actualmente lesivas para la libre competencia;
- (ii) En el improbable evento que acredite lo anterior, demostrar cuándo se convirtieron en lesivas estas condiciones contractuales, en consideración a la evolución que fueron sufriendo a lo largo del tiempo, a su aplicación paulatina a más OTP, a la interrupción y modificación de éstas a lo largo del tiempo respecto de algunos OTP, a la eliminación de algunas cláusulas de los contratos actualmente vigentes y a las variaciones de las condiciones de competencia en el mercado relevante desde el año 2006 a la fecha; y
- (iii) Que las condiciones contractuales acordadas entre CDF y los OTP fueron perjudiciales para la libre competencia en todo momento entre (i) y (ii), atendidas las circunstancias y características específicas de la industria de la televisión de pago que fueron cambiando en ese período.

C. NO CONCURRE NINGUNO DE LOS ELEMENTOS PARA CALIFICAR LAS PRÁCTICAS COMERCIALES, CONSIDERADAS INDIVIDUALMENTE O COMO UN CONJUNTO, COMO UN ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

La carga probatoria recae esencialmente en la FNE, la que tendrá que acreditar **(i)** la supuesta posición monopólica de nuestra representada durante todo el período imputado, **(ii)** el carácter abusivo de la supuesta conducta y **(iii)** los pretendidos efectos anticompetitivos actuales, y no solo potenciales, incluyendo las supuestas rentas monopólicas ilegítimamente obtenidas por CDF como consecuencia de estos efectos concretos. Sólo en el improbable caso que la FNE supere dicha carga, será relevante para CDF acreditar eficiencias o justificaciones de sus cláusulas contractuales.

Dado que la FNE no podrá probar, conforme al estándar probatorio aplicable en esta sede, esos elementos, será inevitable el rechazo del Requerimiento, en tanto no hay abuso de posición dominante ni conducta anticompetitiva alguna que reprochar a nuestra representada a la luz del artículo 3 inciso primero del DL 211 y su literal b).

1. **Sin importar cómo se definan los mercados relevantes, CDF no ostenta posición monopólica o al menos no puede actuar con independencia de los OTP quienes mantienen un importante poder de compra**

En primer lugar, CDF no ostenta posición monopólica o al menos no puede actuar con independencia de los OTP.

En cuanto al poder de mercado, este H. Tribunal estableció recientemente en la Sentencia N° 174/2020: "(...) El primer elemento es la **posición de dominio**. Esta posición supone que el comportamiento debe ser desplegado por un agente económico que tiene un **poder de mercado sustantivo y que puede actuar con independencia de otros competidores, clientes y proveedores, porque no existe una presión competitiva eficaz que pueda ser ejercida contra él – esto es, un poder disciplinador por parte de los competidores actuales o potenciales o bien, de un eventual poder de contrapeso-, de modo que está en posición de fijar condiciones que no habrían podido ser obtenidas de no mediar la existencia de ese alto poder de mercado** (v.gr. J. Faull y A. Nikpay, *The EU Law of Competition*, 3ed, Oxford University Press, 2014, p. 358 y 359)".⁶⁴

Agregó el H. Tribunal en la referida sentencia que: "**Es preciso tener presente que la participación de un agente económico en el mercado relevante es solo indicativa de su importancia y de las empresas que compiten en él. Así lo entienden la doctrina y jurisprudencia comparadas, cuando enfatizan que se deben considerar otros aspectos estructurales del mercado y la evidencia económica distinta de las participaciones de mercado para determinar si existe una posición de dominio.**"⁶⁵

A continuación, revisaremos las distintas circunstancias del mercado que determinan que no se cumple el primer requisito establecido por para sancionar a nuestra representada, cual es que detente poder de mercado en el mercado relevante.

1.1. Independientemente de la forma en que se definan los mercados, CDF carece de posición monopólica

Sobre el primer elemento -la supuesta posición monopólica de CDF en el mercado relevante-, bajo ninguna definición de mercado razonable, que tome en consideración

⁶⁴ Sentencia TDLC N° 174/2020 de fecha 21 de agosto de 2020, c. 88. Énfasis agregado.

⁶⁵ Sentencia TDLC N° 174/2020 de fecha 21 de agosto de 2020, c. 125. Énfasis agregado.

los elementos mínimos mencionados por los precedentes chilenos y extranjeros que la FNE cita y la dinámica de la televisión de pago que la FNE explora en detalle en otras presentaciones -pero que ignora en su Requerimiento-, puede CDF ostentar un monopolio.

En el ámbito premium y a nivel mayorista, siguiendo definiciones razonables que incorporen esos elementos y dinámica, CDF enfrentaría, como mínimo, competencia de otro gran competidor de mercado, Fox, cuya presencia y envergadura en Chile se vio incrementada dada su fusión con Disney.

A nivel minorista, la competencia no puede centrarse en las señales premium en forma aislada de las parrillas básicas, puesto que por regla general los consumidores no pueden contratar únicamente las señales premium de nuestra representada.

En lo que respecta a la parrilla básica, **la misma FNE señala que CDF Básico competiría con todas las demás señales, por lo que también carece de posición monopólica.**

Además, cabe reiterar que los proveedores de canales de todo tipo de temáticas compiten entre sí y con los servicios OTT, por el tiempo y presupuesto de los consumidores. En este sentido, nuestra representada compite no solamente con Fox, ESPN y CDO, sino que también con actores como Viacom, AMC, Discovery, Netflix, Amazon Prime, etc.

Se trata de una industria amenazada en su totalidad por el fenómeno del “*cord cutting*” (cancelación de la suscripción de servicio de televisión). CDF posee solamente tres señales dentro de un paquete ofrecido por los OTP, y si estas conforman un producto caro o de mala calidad, aumenta aún más el riesgo de perder suscriptores. Hoy todos los canales y actores de la industria de televisión de pago enfrentan una amenaza de obsolescencia que los obliga a ser muy competitivos, la que con la llegada de la tecnología 5G se incrementará en forma exponencial, y nuestra representada no es una excepción a tal amenaza.

De esta forma, queda en evidencia que, independientemente de la definición específica de mercado que se adopte, nuestra representada no es un monopolista, como acusa la FNE, y que, además, participa en una industria con múltiples otros actores de igual o mayor tamaño en la que difícilmente puede tener una posición dominante. Con todo, es obligación de la FNE acreditar que dicha posición de dominio

podiese concurrir en un mercado definido conforme a estándares mínimos de razonabilidad y consistencia como los aquí esbozados.

1.2. La FNE no hace ninguna distinción temporal para atribuir una supuesta posición de dominio y poder de negociación a CDF, soslayando las evidentes diferencias en cuanto a su situación y la de sus contrapartes en el mercado.

Una más de las debilidades del Requerimiento es la simpleza con que la FNE intenta atribuir poder de mercado a CDF. En este sentido, la FNE soslaya la realidad temporal en el mercado relevante de que se trata, más aún cuando imputa un ilícito de abuso de posición dominante que supuestamente se prolongaría por más de 14 años.

No entendemos las razones por las que la FNE ignora que CDF al año 2006 era un entrante en el mercado, con una baja penetración, con una limitada participación de mercado con ingresos de escasas magnitud y que estaba pasando por una crisis financiera propiciada por las condiciones contractuales determinadas en 2003 y 2004 por VTR y Metrópolis Intercom, OTP que tenían participaciones aproximadas de 60% y 30%, respectivamente.

Tampoco entendemos porque la FNE pasa por alto el hecho de que los supuestos abusados en los años 2006 y 2007 serían, aparte de VTR, dos gigantes como Telefónica y Claro.

A su vez, es inexplicable que la FNE haya pasado por alto que a fines de 2006 la “Señal Premium” de CDF (actual CDF Premium) no llegaba siquiera al 15% de los abonados totales a las OTP, cantidad que no alcanza ni el arbitrario filtro de “importancia” que la FNE alude en el Requerimiento para sostener que se trata de un producto *must-have*.

También es incomprensible que esté completamente ausente del análisis de la FNE que en 2006 nuestra representada debía someterse a las exigencias de sus clientes, uno de los cuales detentaba en esa fecha una participación de casi el 80% del mercado minorista. Finalmente, también sorprende que el Requerimiento pase por alto los elevados niveles de concentración existentes hace 14 años, tal como reconoce el H. Tribunal en las revisadas Sentencia N° 01/2004 y N°161/2018 y como ha descrito también la FNE en informes y presentaciones recientes.

Si la FNE imputa a CDF un abuso de posición de dominio desde 2006, ha de acreditar que CDF detenta dicha calidad desde ese año. De esta forma, negando esta parte dicha condición de dominante en la actualidad, y en todo el período de la imputación, huelga señalar que no la detentaba en sus inicios, máxime si consideramos las características y tamaño que a esa fecha tenía VTR, Telefónica y Claro (en esa época Telmex).

1.3. CDF no puede actuar con independencia de los OTP quienes mantienen un importante poder de negociación (poder de compra)

Confirma que CDF carece de poder de mercado, la circunstancia que los OTP poseen un relevante poder de compra que ejercen sobre nuestra representada en sus relaciones comerciales. lo que contrapesa la eventual relevante participación de mercado de éste.

Al efecto, la Excma. Corte Suprema ha establecido que “*El poder de compra permite al comprador **beneficiarse con menores precios, que incluyen descuentos no relacionados con costos y que no prevalecerían en una situación competitiva.***”⁶⁶

Este poder de compra de los OTP ciertamente disciplina el actuar de CDF, impidiendo que éste pudiere fijar condiciones comerciales con independencia de los OTP que distribuyen y exhiben su producto.

Este poder de contrapeso fluye, al menos, de los siguientes factores:

- En primer lugar, porque CDF enfrenta una **gran asimetría de información frente a los OTP**, relacionada tanto con su incapacidad de monitorear el número de abonados que contratan CDF Premium y HD, como con la dificultad para conocer el esfuerzo que las OTP realizan en la venta de sus señales.

Esto se debe a que la venta de CDF Premium y HD es efectuada directamente por los OTP, sin que CDF tenga injerencia en ello, ni cuente con ningún tipo de información sobre los abonados -fuera de lo reportado por los propios OTP-, lo que se ve agravado por la venta de las señales de CDF en paquetes de servicios de televisión y de telecomunicaciones.

⁶⁶ Sentencia TDLC N° 9/2004 de fecha 05 de octubre de 2004, c. 16. Énfasis agregado.

- En segundo lugar, porque CDF ha debido enfrentar un fuerte poder monopsonico y de compra.

Cuando se crea CDF en el año 2003, existían dos principales OTP que concentraban casi el 90% de todo el mercado aguas abajo.⁶⁷ Su excesivo poder frente a un entrante como CDF se manifestó en que nuestra representada tuvo que aceptar condiciones contractuales principalmente dictadas por esos OTP, que después se fusionaron.

Posteriormente, a partir del año 2006, ingresaron al mercado de televisión de pago 2 OTP con presencia internacional: Telefónica⁶⁸ y Claro⁶⁹, compañías de telecomunicaciones a nivel mundial a las que difícilmente nuestra representada habría podido imponer alguna restricción vertical, como postula la FNE en su Requerimiento.⁷⁰

De esta forma, mientras en un inicio CDF enfrentó un monopsonio detentado por VTR, a partir del 2006 nuestra representada ha enfrentado continuamente el fuerte poder de compra detentado por los 4 principales OTP que tienen presencia significativa en Chile y a nivel internacional. En este sentido, estas empresas siempre han mantenido en forma combinada más del 80% del mercado minorista. Tal poder y participación hacen inviable que CDF pueda imponer cualquier cláusula comercial o, incluso, que pudiere actuar con independencia de éstos.

- En tercer lugar, porque CDF Premium y HD no tienen una penetración suficiente, acorde a los datos entregados por los OTP, para ser considerados *must-have*, en especial considerando que Mundo Pacífico ha crecido a tasas superiores que el resto del mercado desde que dejó de distribuir las señales de CDF a partir de 2017, incluyendo las supuestamente *must-have* CDF Premium y HD.

Este sorprendente crecimiento fue reconocido por la FNE en 2019 al declarar que *“Mundo Pacífico es el Operador de Televisión Pagada con mayor crecimiento neto, alcanzando un 23% entre 2016 y 2017 y un 22% entre 2017 y 2018...”*⁷¹, y puede apreciarse en el siguiente Gráfico:

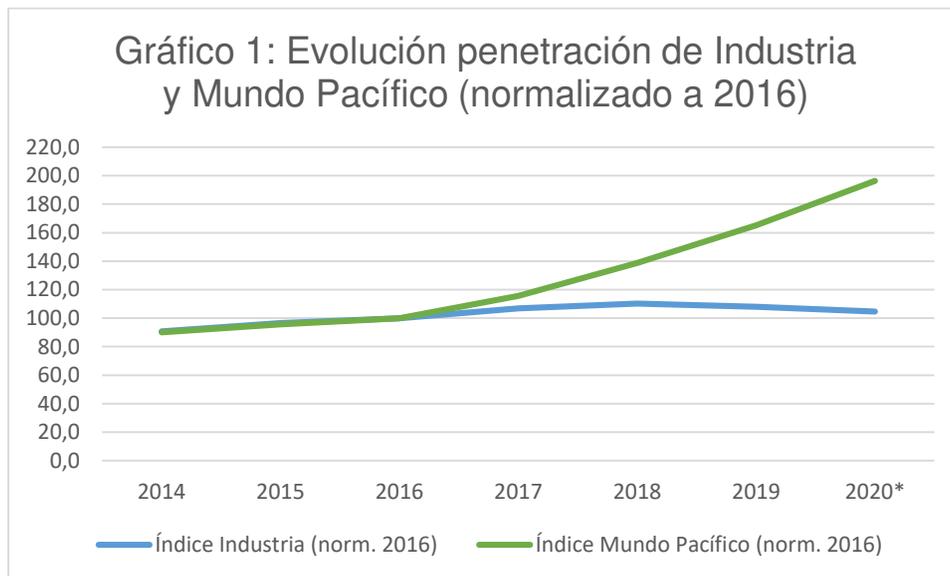
⁶⁷ Resolución TDLC N°01/2004 de fecha 25 de octubre de 2004, p.10.

Información obtenida de <https://www.movistar.es/particulares/telefonica-en-el-mundo/#>

⁶⁹ Información obtenida de https://www.claro.com/paises/quienes_somos.html

⁷⁰ Como referencia del tamaño de estas compañías, Telefónica opera en países como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, México, Perú, Uruguay y Venezuela, e incluso, en Alemania, Estados Unidos y Reino Unido, mientras que Claro tiene presencia en 18 países del continente americano y en 7 países de Europa

⁷¹ Procedimiento No Contencioso, Rol N° NC-459-2019, Aporte de Antecedentes de fecha 13 de diciembre de 2019, nota 229.



Fuente: Elaboración propia en base a estadísticas de Subtel⁷².

Si bien desconocemos las razones y esfuerzos específicos que explican el crecimiento de Mundo Pacífico⁷³ sin CDF, se hace difícil, sino imposible, concluir que las señales de nuestra representada tienen la naturaleza de un producto *must-have*.

Adicionalmente a ello, según los datos referenciados por la FNE, a octubre de 2019 los abonados a CDF Premium y HD ni siquiera alcanzaron los 800.000. Equivalentemente, los datos internos de nuestra representada, también provenientes de los OTP, única fuente disponible de este tipo de información, indican que a diciembre de 2020 los suscriptores a estas señales premium no llegaron a 780.000⁷⁴.

Además, el concepto mismo de *must-have* es ambiguo y poco preciso, lo que reduce su utilidad para casos y prácticas específicas. En este sentido, incluso bajo la vaga conceptualización empleada por la FNE que define a las señales *must-have* como “canales requeridos por un importante número de suscriptores y estructuradas en base a contenidos exclusivos, con baja o nula sustituibilidad y comercialmente críticos”⁷⁵, las señales premium de CDF no cumplen siquiera con el primer elemento esbozado.

⁷² Datos de 2020 hasta septiembre.

⁷³ La División de Fusiones de la FNE indicó que “no es posible calcular el efecto de dicho evento en el número de suscriptores para dicho OTP, por cuanto, al mismo tiempo expandió significativamente su alcance geográfico”. Investigación Divisiones de Fusiones Rol N° F116-18, Anexo Económico de Informe de Aprobación, nota 40.

⁷⁴ Como se puede apreciar al contrastar este número con los indicados en la Tabla 2 (que representan el promedio anual para cada año, en caso de 2020, hasta septiembre), en 2020 los suscriptores aumentaron cuando la estrategia frente a la pandemia permitió reanudar el CNFP.

⁷⁵ Requerimiento, párrafo 44.

Menos de 1/4 de los más de 3.200.000 clientes de televisión de pago ciertamente no parece ser un “importante número de suscriptores” que amerite calificar a una señal como *must-have*. Ello parece apuntar que las señales de nuestra representada solo serían relevantes para un subgrupo específico de consumidores, aquellos que son hinchas de algún equipo chileno, pero no para los fanáticos del fútbol o los deportes, quienes pueden reemplazar CDF Premium y CDF HD con canales como los de Fox Sports y ESPN, los que transmiten los partidos de las ligas más importantes del mundo (España, Inglaterra, Italia, Francia, Argentina). Cabe agregar que a finales del año 2006 dicha proporción era de apenas 1/7, pese a lo cual la FNE pretendió, sin dar dato alguno, que la señal ya era *must have*.

A ello cabe agregar, como explicaremos más adelante, que las teorías de daño asociadas a los productos *must-have* normalmente son del tipo exclusorias, y la propia FNE está tratando de argumentar que CDF es un monopolio, situación en la cual no tendría ningún competidor para excluir, como señaló la FNE al disponer en 2015 el archivo de una investigación realizada contra CDF.

- En cuarto lugar, porque tal como reconoció el H. Tribunal en la Resolución 01/2004, **la televisión pagada no enfrentaba presiones competitivas por parte de la televisión abierta, el arriendo de video, los DVD o las visitas al cine**⁷⁶, ya que éstos no se constituían como sustitutos.

De esta forma, CDF jamás hubiese podido imponer a los OTP determinadas prácticas comerciales para así obtener beneficios monopólicos, ya que, si no alcanzaba acuerdos con ellos, éstos simplemente lo sacaban de su parrilla (*black-out*), y nuestra representada quedaba sin una alternativa viable para distribuir y exhibir su producto. La dependencia de CDF en relación a los OTP se mantiene hasta el día de hoy, en tanto la distribución de sus señales por tales compañías constituye su principal fuente de ingresos y canal para llegar a los consumidores, no existiendo mecanismos alternativos que garanticen volúmenes suficientes.

- En quinto lugar, CDF tampoco puede exponerse a no alcanzar acuerdos con estos OTP, ya que, en tal caso, **pierde el 100% de sus ingresos por los abonados respectivos, no obstante seguir enfrentando los mismos y altos costos fijos**. Esto último es especialmente relevante si consideramos que, por ejemplo, a diciembre de 2020, los 4 principales OTP reportaron a CDF: (i) más de 2.500.000 suscriptores a CDF Básico, (ii) casi 290.000 suscriptores a CDF Premium; y (iii) más de 420.000

⁷⁶ Resolución TDLC N°01/2004 de fecha 25 de octubre de 2004, p. 40.

suscriptores a CDF HD⁷⁷, por lo que son cuantiosos los ingresos que nuestra representada arriesga perder.

- En sexto lugar, porque, **entre los años 2006 y 2020 (junio) se incrementó fuertemente la penetración de la televisión de pago en los hogares en Chile, pasando de poco más de 20% a un 56,8%**⁷⁸, potenciándose aún más la relevancia de los OTP de cara a nuestra representada.

Lo anterior, por una parte, aumenta el interés de un proveedor de canales, por entrar o mantenerse en este mercado, que fue creciendo en el tiempo y que, en consecuencia, puede generar ingresos relevantes. Por otra parte, también fortalece aún más la posición negociadora de los OTP, y especialmente de los incumbentes que concentran este mercado.

Estas circunstancias han sido conocidas en todo momento por los OTP al negociar y acordar los contratos con CDF, haciendo inviable cualquier eventual maniobra abusiva de CDF y tornando, en la práctica, imposible la tesis del Requerimiento.

No solo no existió imposición alguna de nuestra representada, sino que CDF jamás pudo ***“actuar con independencia de otros competidores, clientes y proveedores, porque no existe una presión competitiva eficaz que pueda ser ejercida contra él – esto es, un poder disciplinador por parte de los competidores actuales o potenciales o bien, de un eventual poder de contrapeso-, de modo que está en posición de fijar condiciones que no habrían podido ser obtenidas de no mediar la existencia de ese alto poder de mercado”***⁷⁹ como ha exigido el H. Tribunal para entender que podríamos estar ante un agente con poder de mercado.

Es decir, dado el poder de compra y negociador que detentan los OTP, CDF es completamente incapaz de actuar con independencia de sus clientes y, por ende, nuestra representada carece del poder de mercado que provendría de la posición monopólica que la FNE incorrectamente le atribuye.

2. Las conductas no han producido, ni son capaces de producir, efectos anticompetitivos. Por el contrario, generan eficiencias.

⁷⁷ Se excluyen los suscriptores tipo prepago, por contratar y contabilizarse en forma diaria.

⁷⁸ Información disponible en <https://www.subtel.gob.cl/conexiones-de-internet-fija-crecen-55-en-chile-a-junio-de-2020/>.

⁷⁹ Sentencia TDLC 174/2020 de fecha 21 de agosto de 2020, c. 88. Énfasis agregado.

Clarificada la inexistencia de una posición monopólica o de dominio de nuestra representada, corresponde ahora analizar las cuatro prácticas -estipulaciones contractuales-, que en un inicio en su conjunto y ahora separadamente, la FNE impugna por supuestamente producir efectos anticompetitivos.

Como se verá, ninguna de estas estipulaciones contractuales, singularizadamente consideradas, han causado efectos contrarios a la libre competencia, no han tendido a producirlos, y tampoco se agravan esos hipotéticos efectos por el establecimiento conjunto de estas cláusulas; sino que, muy por el contrario, generan eficiencias. Es más, CDF tiene un claro interés por aumentar la distribución de sus señales en el mercado aguas abajo.

2.1. La cláusula de abonados mínimos garantizados atenúa el problema de sub reporte de suscriptores, elimina el problema de doble marginalización y fomenta la venta de las señales premium de CDF, sin ser arbitrario el nivel de suscriptores garantizados acordados con los OTP.

La FNE reprocha la cláusula de abonados mínimos garantizados, indicando que:

23. Los abonados mínimos garantizados han operado en este caso desde el año 2006 y hasta la fecha como una condición comercial impuesta por CDF a los cableoperadores en donde se exige el pago de un monto calculado como el precio mayorista del CDF Premium aplicado sobre un porcentaje de la base total de abonados o, en algunos casos, sobre un número fijo de abonados¹³. Eventualmente, el establecimiento de estos abonados mínimos garantizados podría acarrear efectos favorables a la competencia, al incentivar a los cableoperadores a competir por atraer más clientes. No obstante, el hecho que exista esta práctica junto con las otras condiciones impuestas por CDF han limitado estos posibles efectos positivos, a lo que se agrega que los mínimos garantizados exigidos a cada cableoperador se han fijado de manera arbitraria. En efecto, CDF no ha acompañado antecedentes que justifiquen suficientemente la forma en que se ha estructurado esta práctica.

Sin embargo, la FNE yerra completamente en su evaluación de esta práctica puesto que su origen y utilización para la situación de CDF está justificado, acarrea importantes eficiencias que mejoran el funcionamiento del mercado, sin entorpecer ni restringir la competencia ni tener una estructura o elementos arbitrarios. Adicionalmente, en ningún momento la FNE reconoce que no todos los OTP tienen

mínimos garantizados ni que durante largos períodos han existido OTP que no los han tenido.

2.1.1 La FNE reconoce efectos procompetitivos a esta práctica

La propia FNE asegura que esta práctica provoca efectos favorables a la competencia, los que supuestamente serían limitados por la conjunción con las otras prácticas que denuncia. Por ende, por sí sola, como denuncia en su segundo Requerimiento de autos, la FNE reconoce que esta práctica no es anticompetitiva.

Por lo demás, la FNE tampoco explica por qué los mínimos garantizados, que antes únicamente en conjunto con otras prácticas podrían haber sido anticompetitivos, en el nuevo Requerimiento lo serían individualmente considerados sin agregar ningún antecedente al respecto. Si por sí solos pueden acarrear efectos favorables a la competencia, como lo reconoce la FNE⁸⁰, su combinación con otras prácticas a lo más podría restringir tales efectos⁸¹, pero no tornarlos en una práctica anticompetitiva.

2.1.2 Los mínimos garantizados son un instrumento frente a la importante asimetría de información existente entre CDF y los OTP, lo que se ha manifestado en que algunos de los OTP informan una cantidad de suscriptores sustancialmente menores a los efectivos y en dificultades para auditarlos.

Un problema fundamental que aqueja a los proveedores de canales es la fiscalización eficiente de los reportes de suscriptores por los OTP -asimetrías de información-, fundamentalmente en las señales premium.

En efecto, mientras para las señales básicas, como CDF Básico, existe información reportada a la Subtel (que puede ser imprecisa, pero está públicamente disponible), para las señales premium no existen antecedentes equivalentes.

De esta forma, en ausencia de mínimos garantizados, bajo modelos de cobro lineal o de compartición de ingresos, el proveedor de servicios premium, en este caso CDF, dependería totalmente de los informes entregados por sus clientes para determinar la cantidad de suscriptores existentes. Consecuentemente, el monto que debe pagar

⁸⁰ Requerimiento, párrafo 23.

⁸¹ Así lo señaló la FNE al indicar: “se ha planteado que una condición comercial pueda tener el efecto de restringir los potenciales efectos pro-competitivos de otra [mínimos garantizados]”. FNE, Reposición de 10 de febrero de 2020 (folio 23), párrafo 13.

cada OTP queda supeditado a la veracidad y credibilidad del reporte que unilateralmente genera el respectivo OTP.

Esta circunstancia, de especial relevancia, fue soslayada de manera sorprendente por la FNE en su Requerimiento, pese a contar con una multiplicidad de antecedentes que daban cuenta de ella, ya que durante la Investigación se le acompañaron los elementos que dan cuenta de las distintas auditorías realizadas a los OTP y sus sorprendentes resultados.

Es decir, no se trata simplemente de la solución a un problema teórico, sino que a un problema real y efectivo, ya que luego de distintas auditorías a ciertos OTP sobre el número de abonados a las señales premium de CDF, se pudo concluir que (i) conducir estas auditorías conllevaba serias dificultades, costos e incluso la imposibilidad de auditar información pasada; (ii) que existían importantes discrepancias entre los abonados informados por los OTP y los abonados reales, con enormes efectos económicos dañosos para CDF; y (iii) algunos OTP desconocen los resultados de las auditorías cuando les son desfavorables.

- En relación con OTP pequeños, ante la ineffectividad en términos de costo-beneficio de realizar auditorías particulares, CDF ha dependido exclusivamente de la información que estos OTP proveen para el cobro por abonado a CDF Premium y HD. Respecto de CDF Básico, la única posibilidad era contrastar lo que los OTP reportaban a la Subtel como suscriptores totales de su servicio básico de televisión y lo que informaban a CDF como abonados a CDF Básico.

Con ese ejercicio **CDF pudo comprobar que más de 10 OTP pequeños⁸² declararon más suscriptores a la Subtel, llegando a reportar hasta un 300% más de lo informado a CDF**, sin tener los elementos para verificar las discrepancias que puedan existir en el reporte de los abonados premium.

- Respecto de los OTP de gran y mediano tamaño, existiendo fundadas dudas sobre la precisión, corrección y veracidad del reporte relacionado con los abonados señalados en sus informes mensuales, CDF encargó auditorías a prestigiosas compañías para contrastar dichos antecedentes con los contenidos en los sistemas internos de cada OTP.

⁸² Dentro de estos OTP también se encuentran algunos de mediano tamaño.

Los resultados de las diversas auditorías fueron contundentes, coherentes y abrumadores, demostrando que algunos de **los principales OTP del país, de tamaño grande y mediano, sub-reportaban consistentemente la cantidad de suscriptores de las señales CDF**, es decir, **informaban a CDF un número de abonados menor al efectivo** y/o mantenían sistemas internos que no daban garantías ni guardaban suficientes datos para realizar auditorías adecuadas.

A modo de ejemplo, después de múltiples procesos realizados por Deloitte, PwC y EY a VTR, Claro, Telefónica y Mundo Pacífico, las conclusiones fueron que (i) estos OTP sub-reportaron la cantidad de suscriptores de las señales de CDF, sea CDF Básico, Premium y/o HD; o (ii) era imposible determinar el número de abonados, sea por la demora en la entrega de los datos, por fallas en los sistemas de los OTP (criterios inconsistentes para contabilizar suscriptores e imposibilidad de confirmar fehacientemente si existían otros suscriptores a las señales CDF Premium y HD aparte de los contemplados en el sistema auditado), falta de acceso a antecedentes de facturación e inexistencia de registros para períodos pasados.

Todo lo anterior, tras procesos muy largos, de varios años en algunos casos, que hacen impracticable auditar todos los períodos, ya que las auditorías resultan más largas que los períodos examinados. Ello, con el agravante que los OTP habían asumido la obligación contractual de que los abonados a las señales CDF Premium y CDF HD fueran auditables.

El caso de VTR fue especialmente decidor, ya que CDF tomó conocimiento de la existencia de una enorme disconformidad entre los suscriptores reales a sus señales premium y aquella reportada por este OTP, ratificando tales hallazgos a través de auditorías externas. Ante ello, CDF inició un proceso arbitral contra VTR que culminó en virtud de un acuerdo que reincorporó los mínimos garantizados en 2014.

Con el resultado de estas auditorías quedó de manifiesto que, por regla general, era inviable el sistema de cobro por abonado a CDF Premium y HD basado únicamente en la información entregada por el OTP. Tanto por motivos prácticos como económicos, no es factible conducir auditorías por cada período y a cada OTP, erigiéndose, en consecuencia, como una solución razonable y práctica el establecimiento de mínimos garantizados para equilibrar los riesgos comerciales que asume tanto CDF como los OTP y disminuir los problemas surgidos de estas asimetrías de información.

Los antecedentes señalados dan cuenta del beneficio y racionalidad de los mínimos garantizados.⁸³

En simple, por medio de esta cláusula CDF disminuye la dependencia a la información de los OTP para determinar los montos a pagar, al reemplazar tales montos variables por valores relativamente estables subordinados a una cantidad observable a partir de fuentes públicas, los suscriptores totales de cada OTP (es decir, abonados a CDF Básico), o por una cantidad de suscriptores o dinero absoluto.

2.1.3 Los mínimos garantizados son una forma de tarificación de común aplicación en la industria – Su surgimiento y características obedecen a razones históricas y de negociación con los OTP.

El origen de los mínimos garantizados en el caso de CDF obedeció a una negociación y posterior acuerdo con Telefónica. Luego, se negoció con los restantes OTP de gran tamaño, adaptándose las características y estructura de los mínimos garantizados a las necesidades y singularidades de cada OTP y prácticamente abandonándose el sistema de compartición de ingresos:

- Con Telefónica se pactaron inicialmente mínimos garantizados correspondientes al 10% del total de sus suscriptores, para luego pasar al 30%.
- Con DIRECTV se pactaron inicialmente mínimos garantizados del 30%.
- Con Claro, en el contexto de su adquisición de ZAP, y como una de las contraprestaciones para que CDF aceptara venderlo, se pactó una cláusula creciente que llegaba a los 160.000 abonados mínimos garantizados a ZAP.
- Tras una mediación en 2006, con VTR se pactaron mínimos garantizados que se aplicaron hasta 2010 por un número de abonados que representaban porcentajes bajos (aproximadamente el 10%) que VTR cumplía sobradamente. Esta cláusula se reincorporó en 2014 con una magnitud creciente de 27,6% a 32% en el contexto de un arbitraje iniciado por deudas que este OTP mantenía con CDF.

⁸³ Ese racional es el que justificó su tardía incorporación, tras las auditorías y procesos arbitrales respectivos, a la relación comercial con OTP como VTR (reincorporación después de haber tenido mínimo garantizado entre 2006 y 2010) y Pacífico Cable (actualmente Mundo Pacífico) mientras todavía distribuía las señales de nuestra representada.

De esta forma, los mínimos garantizados permitieron, por primera vez, distribuir los riesgos de la venta de sus señales premium, acordando los OTP asumir la parte que les corresponde. En este sentido, permiten entregar parte del riesgo a los OTP, que están en mejor posición de manejarlo -al conocer la cantidad de suscriptores y los esfuerzos promocionales que realizan- y diversificarlo -al ofrecer múltiples servicios de telecomunicaciones-.

Si bien en el contexto nacional y para CDF en especial, los mínimos garantizados resultaban un modelo innovador y novedoso, los dos sistemas de tarificación comúnmente utilizados en la industria a nivel mundial para los servicios premium son justamente la compartición de ingresos y los mínimos garantizados. Por ejemplo, los mínimos garantizados han sido empleados por empresas en la Unión Europea⁸⁴ y es normal que hasta canales básicos o nuevos servicios de programación emplean este mecanismo, lo que demuestra que la decisión consensuada entre CDF y los OTP se encuentra dentro de los estándares de esta industria y resuelve necesidades concretas muy relevantes.

2.1.4 El nivel de los mínimos garantizados y su estructura no es arbitrario, obedeciendo a objetivos razonables y al resultado de las negociaciones con cada OTP.

Si bien la FNE alega una supuesta arbitrariedad en la determinación de los mínimos garantizados, justifica su aseveración únicamente con un argumento, cual es que *“los montos exigidos por concepto de abonados mínimos garantizados no reconocen elementos propios del mercado aguas abajo de distribución minorista de las señales CDF HD y CDF Premium, como la estacionalidad de la demanda por dichas señales.”*⁸⁵

Evidentemente, esa mera declaración –la cual además no es efectiva– no permite entender cuál es la arbitrariedad que atribuye a los mínimos garantizados.

Del mismo modo, resulta llamativo el reproche de la FNE dada la nula referencia en el Requerimiento a factores esenciales del funcionamiento del mercado de telecomunicaciones -principalmente, el ofrecimiento de paquetes multiservicios-.

⁸⁴ Comisión Europea, decisión de fecha 30 de mayo de 2018 en caso M.7000 - Liberty Global/Ziggo, párrafo 113.

⁸⁵ Requerimiento, párrafo 26.

Sin perjuicio de lo anterior, desde ya es posible entregar diversos motivos que dan cuenta de la razonabilidad de los mínimos garantizados, tanto en términos de su surgimiento como en el nivel en que se establecen, y que permiten descartar toda arbitrariedad.

En términos generales, los mínimos garantizados están establecidos alrededor del 30% de los suscriptores básicos de cada OTP, siendo ésta la penetración esperada y esperable de servicios premium como las señales de CDF. Habiendo estado la mayoría de los OTP grandes y medianos por sobre o bordeando ese 30% durante el periodo de la supuesta infracción, tal como se puede apreciar en la siguiente Tabla, éste aparece como un nivel razonable para incentivar la venta de las señales premium de CDF.

Tabla 2: Penetración de CDF Premium y CDF HD (promedio anual)			
AÑO	Abonados CDF Premium/HD	Abonados CDF Básico	Penetración CDF Premium/HD
2006	105,813	406,531	26.0%
2007	212,252	948,605	22.4%
2008	359,874	1,267,847	28.4%
2009	476,027	1,543,089	30.8%
2010	525,182	1,779,090	29.5%
2011	582,637	1,966,730	29.6%
2012	632,403	2,110,468	30.0%
2013	733,114	2,399,877	30.5%
2014	845,742	2,713,068	31.2%
2015	872,271	2,894,778	30.1%
2016	892,750	3,025,627	29.5%
2017	893,876	3,039,184	29.4%
2018	853,559	3,120,237	27.4%
2019	789,445	3,099,679	25.5%
2020	626,056	2,990,084	20.9%

Fuente: Elaboración propia en base a datos internos de CDF y reportes de OTP⁸⁶.

En este orden de ideas, la propia FNE reconoce que hasta 2016 los mínimos garantizados eran alcanzados e incluso sobrepasados por los OTP, para luego enfocarse en el período más reciente de 2018 y 2019 en que los OTP, salvo DIRECTV, han reportado estar bajo este mínimo⁸⁷.

⁸⁶ Últimas estadísticas de Subtel llegan a septiembre de 2020, por lo que se consideran los suscriptores hasta ese mes de 2020 para esta tabla pese a que no incorpora antecedentes de Subtel. Ello explica la baja en el porcentaje de penetración del CDF Premium y HD para 2020 (hasta septiembre), circunstancia directamente relacionada con la suspensión prolongada del CNFP debido al COVID. Si se considerasen los datos hasta diciembre de 2020 para calcular el promedio anual, los suscriptores de CDF Premium y HD alcanzarían los 658.736 y los de CDF Básico llegarían a 2.989.099.

⁸⁷ Requerimiento, párrafos 27 y 28 y tabla 1.

A partir de ello, ¿Cómo puede ser arbitrario y/o anticompetitivo un mínimo garantizado que fue superado –de acuerdo a la cuestionable información entregada por los propios OTP- durante al menos 10 años de los 14 años de supuesta prolongación de la hipotética infracción?⁸⁸

Nuevamente, esto reafirma que la FNE no está identificando el momento en el que los mínimos garantizados supuestamente menoscabarían la libre competencia, porque es irrisorio pensar que pudieron haberlo sido, indistintamente, antes y después de que fueran alcanzados por los OTP.

Los mínimos garantizados, y el monto o cantidad de suscriptores en que están establecidos, son fruto de complejas negociaciones bilaterales con los OTP, en que CDF no tiene libertad ni capacidad para imponer una magnitud de mínimos garantizados con la que no concuerden. En este sentido, los mínimos garantizados surgen de negociaciones bilaterales y por lo mismo dejan estrictamente mejor a ambas partes de la negociación, ya que en caso contrario una de las partes simplemente no firmaría el contrato.

A lo dicho cabe agregar que la estacionalidad es una circunstancia considerada por CDF en sus decisiones contractuales, programáticas y comerciales. Por ejemplo, un elemento de estacionalidad que la FNE no menciona en su Requerimiento son las cláusulas que CDF tiene con varios OTP, en virtud de las cuales los mínimos garantizados pueden cumplirse y pagarse en períodos superiores a un mes, existiendo mínimos garantizados establecidos en forma trimestral, semestral y anual.

Adicionalmente, para mantener el interés de los suscriptores en períodos en que no se juega el CNFP y enfrentar la estacionalidad de la demanda, CDF ha invertido en adquirir derechos de competencias deportivas llevadas a cabo en los meses que median entre el término de un torneo y el inicio del siguiente.

A modo ejemplar, en diciembre de 2019, tras el estallido social y la posterior cancelación del torneo local, CDF transmitió el mundial de clubes, competencia anual que se juega entre los campeones de las máximas competiciones de cada continente. Ese mismo esfuerzo fue replicado por nuestra representada este año, ya que durante

⁸⁸ En cuanto a los años 2019 y 2020, CDF ha sido sumamente flexible en los cobros a los OTP con motivo de la crisis y la pandemia, llegando incluso a acordar que no se pague por los mínimos garantizados en aquellos períodos en que se ha suspendido o cancelado el CNFP.

el mes de febrero transmitió nuevamente el mundial de clubes. Esto se condice con el foco de la estrategia general desarrollada por nuestra representada, cual es mantener y aumentar el atractivo de sus señales,⁸⁹ para así atraer a más consumidores a su producto.

Finalmente, cabe reiterar que CDF enfrenta costos fijos estables que podrían solventarse cobrando de forma pareja o diferenciada según los distintos meses. Cualquiera de los dos mecanismos es igualmente legítimo y, en definitiva, será de carácter neutro para los OTP, quienes deberán incurrir en los mismos costos a lo largo de un año.

2.1.5 Los mínimos garantizados incentivan la venta de las señales premium de CDF y eliminan la doble marginalización y, en la práctica, han hecho aumentar la penetración de sus señales premium

Por otro lado, tarifas no lineales como los mínimos garantizados tienen la ventaja adicional de incentivar la venta de sus señales premium, al menos mientras el número efectivo de suscriptores sea inferior al mínimo garantizado.

En ausencia de un mecanismo de esta índole, los OTP harían menores esfuerzos para ofrecer y promocionar CDF Premium y HD, generando en consecuencia una disminución en las ventas que potencialmente podrían lograrse. Además, en ausencia de mínimos garantizados, los OTP privilegiarían la obtención de mayores márgenes, en desmedro de CDF y del bienestar de los consumidores.

En opinión de la FNE, y sin mayores fundamentos, este incentivo a la venta sería meramente abstracto y no acontecería bajo el modelo de negocio de CDF, dada la regulación contractual existente para las promociones.⁹⁰

Sin embargo, los hechos demuestran exactamente lo contrario, ya que, **al poco tiempo de implementarse los mínimos garantizados, la penetración de CDF Premium aumentó sustancialmente**. Aún más, la cantidad de abonados a CDF Premium y HD se incrementó en 5,91 veces desde 2006. Es decir, en un nivel muy

⁸⁹ Esto también se condice con lo establecido por la División de Fusiones de la FNE, que reconoce que disminuir el atractivo de las señales de CDF le sería perjudicial a nuestra representada, porque si ello sucede los mínimos garantizados tenderán a disminuir a largo plazo como fruto de las negociaciones con los OTP. Investigación Divisiones de Fusiones Rol N° F116-18, Anexo Económico de Informe de Aprobación, párrafo 51.

⁹⁰ Requerimiento, párrafos 24 y 78.

superior al aumento de suscriptores de la TV Paga en general, que creció 3,14 veces en ese mismo período⁹¹.

En esta perspectiva, la legítima aspiración de CDF es continuar en esta senda y que los mínimos garantizados sean el piso inicial de suscriptores efectivos, poniendo todos sus esfuerzos comerciales, promocionales y programáticos para lograr que más consumidores se abonen a sus señales premium, incluso al superar el mínimo.

En otras palabras, la naturaleza de tarifa en dos partes de los mínimos garantizados los hace capaces de eliminar la doble marginalización.⁹² Esto ha sido reconocido por la propia FNE, cuando al analizar la adquisición de CDF por Turner señaló en el informe de aprobación de la División de Fusiones que esta eficiencia se deriva de la estructura de precios utilizada por CDF.⁹³

En el caso de CDF, esto se traduce en que los OTP que no superan los mínimos garantizados no tienen incentivos a subir sus precios minoristas, puesto que enfrentan un costo marginal igual a 0, por no tener que realizar un pago adicional a CDF por vender una suscripción más a CDF Premium o CDF HD. Siempre que los OTP se encuentran bajo el mínimo garantizado, el estímulo que surge de esta cláusula es a mantener los precios minoristas lo más bajo posible, sin incorporar un margen en su favor.

Como se ha señalado, y considerando los resultados de gran parte de los OTP, que algunos OTP se encuentren bajo el mínimo probablemente obedece a que realizan esfuerzos subóptimos para vender y distribuir las señales premium de nuestra representada, enfocándose en otros servicios y productos.⁹⁴

Desde la perspectiva del consumidor, la eliminación de la doble marginalización se podría traducir en que el precio minorista de CDF Premium y CDF HD se acerque al precio mayorista que CDF cobra a los OTP. Otra alternativa, completamente dependiente de los OTP, sería combinar las señales premium de nuestra representada con otros servicios de telecomunicaciones, ofreciendo al público paquetes a un precio minorista menor al correspondiente a la suma de todos sus componentes, renunciando para ello al margen que obtienen de la venta de CDF Premium o CDF HD.

⁹¹ El detalle de este crecimiento dispar puede apreciarse en la Tabla 4.

⁹² FNE, Guía para el Análisis de las Restricciones Verticales de junio de 2014, pp. 17-18.

⁹³ Investigación Divisiones de Fusiones Rol N° F116-18, Informe Aprobación, párrafo 97.

⁹⁴ En el entendido que sus reportes fueran correctos y efectivamente estén bajo el mínimo garantizado.

2.1.6 La forma de cálculo de los mínimos garantizados atiende a las necesidades y características de cada OTP y tales mínimos no afectan los costos marginales de expansión de los OTP.

La FNE también imputa a los mínimos garantizados medidos en un porcentaje de la base total de abonados a CDF Básico “*una afectación de los costos marginales de expansión del cableoperador que no alcanza los mínimos respectivos*”⁹⁵.

Ello desconoce que, a través de los mínimos garantizados, CDF y los OTP se reparten eficientemente las rentas y riesgos que genera el negocio de venta de las señales premium de CDF, únicas que están sujetas a esta estipulación. De esta forma, en algunos casos se puede optar por mínimos garantizados calculados en forma porcentual, lo cual puede resultar favorable para el OTP en una industria con suscriptores y tamaño fluctuante al alza y a la baja, porque puede facilitar su cumplimiento cuando los abonados de un OTP específico van disminuyendo (lo que consecuentemente disminuye el nivel del mínimo garantizado que debe alcanzarse), cuestión no inusual en el contexto del auge de las plataformas OTT.

Otra alternativa, también ignorada por la FNE en su Requerimiento, es optar por mínimos garantizados fijados en cantidades absolutas, sea de dinero o de suscriptores, con lo cual se obtiene mayor certeza del pago que corresponderá a cada período, sin importar las variaciones que sufra la industria. En este sentido, es interesante reseñar ciertas particularidades de los mínimos garantizados y su cumplimiento por ciertos OTP:

- VTR tiene su mínimo garantizado fijado en montos absolutos de dinero.
- Existen OTP de tamaño grande, mediano y pequeño que tienen su mínimo garantizado fijado en cantidades definidas de suscriptores.
- DIRECTV ha superado constantemente su mínimo garantizado.
- Existen OTP que no tienen mínimo garantizado.

Entonces, este hipotético efecto invocado por la FNE tendría un alcance mucho menor al pretendido en el Requerimiento.

⁹⁵ Requerimiento, párrafo 29.

Indudablemente, para los OTP de gran o mediano tamaño que tienen mínimos garantizados fijados en una cantidad absoluta de dinero o suscriptores, que los tienen fijados en porcentajes, pero los superan habitualmente, o que no tienen esta cláusula contractual – que representan más del 70% del mercado minorista⁹⁶-, los mínimos garantizados no tendrían ningún efecto en sus costos marginales. Otro tanto ocurriría con todos los OTP de menor tamaño que tienen mínimos fijados en cantidades absolutas de abonados, que representarían más del 1,5% del mercado minorista⁹⁷.

Por su parte, Mundo Pacífico no puede sufrir ningún impacto de mínimos garantizados al no distribuir las señales de CDF. En consecuencia, no habría ningún impacto en los costos marginales de expansión de OTP que representan casi el 80% del mercado minorista y aquellos que sí tienen mínimos garantizados fijados en términos porcentuales, aumentarían o disminuirían sus costos marginales, dependiendo de si su base de suscriptores va al alza o a la baja, por lo que el efecto final puede ser favorable para el OTP al pactar de esta manera.

En conclusión, la propia FNE señaló en autos que los mínimos garantizados tienen efectos procompetitivos y que sólo podrían provocar efectos anticompetitivos en conjunto con otras prácticas.

Luego, al modificar su teoría del caso, entendió, sin mayores argumentos, que los mínimos garantizados serían anticompetitivos con prescindencia de otras prácticas.

En todo caso, incluso si tales efectos procompetitivos fuesen contrarrestados en parte o totalmente por otras cláusulas contractuales empleadas por CDF, cuestión que negamos terminantemente, ello no sería suficiente para considerarlos anticompetitivos, sino a lo sumo generarían menos beneficios que sin las otras cláusulas a que alude la FNE. Tampoco basta para convertirlos en contrarios a la libre competencia el tildarlos de “arbitrarios”, máxime dado que son el resultado de negociaciones bilaterales entre partes sofisticadas y que se condicen con la penetración histórica de las señales premium de CDF.

⁹⁶ Participaciones a septiembre de 2020, provenientes de datos públicos de Subtel, disponibles en <https://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/television/>. Si consideramos las participaciones de mercado calculadas por la FNE en el Requerimiento en base a suscriptores e ingresos asociados a las señales premium de CDF, este número aumentaría a más del 75%. Requerimiento, gráficos 2 y 3.

⁹⁷ Corresponde a la suma de los OTP de pequeño tamaño que reportan a la Subtel y que distribuyen las señales de CDF.

Lo cierto es que el establecimiento de mínimos garantizados es una forma de distribuir los riesgos entre las partes que es de común uso en la industria. Más aún, su uso tiene una lógica comercial evidente que es enfrentar el riesgo de sub-reporte que impera en la industria, asignando una porción del riesgo de venta en el OTP, quien es el mejor posicionado para vender el producto por tener el contacto con el suscriptor de televisión de pago, generando como eficiencia el incentivo de venta de las señales premium de CDF y logrando un notorio aumento en la penetración de éstas.

2.2. CDF Básico, CDF Premium y CDF HD corresponden a un único producto que ha permitido aumentar la oferta y disminuir los precios; mientras que la distribución universal de CDF Básico sirve como herramienta de marketing y para paliar las asimetrías de información

Respecto de la venta conjunta de las tres señales de nuestra representada, la FNE arguye que CDF *“impone a los cableoperadores la obligación de adquirir y distribuir la señal CDF Básica respecto del total de sus clientes de televisión de pago”*⁹⁸.

Vale la pena reiterar, una vez más, que CDF no ha impuesto condición contractual alguna a los OTP, de hecho, CDF Básico surgió como parte de la negociación con Telefónica cuando estaba ingresando al mercado chileno, para luego expandirse, voluntariamente, a las parrillas de los demás OTP.

En cualquier caso, manifestamos categóricamente que las tres señales de CDF no son más que la forma en que nuestra representada logró, adecuándose y ajustándose a las exigencias de los OTP, articular su único producto principal -la transmisión de partidos de torneos de fútbol a través de la televisión-, maximizando su alcance y calidad sin incrementar los precios. Aparte de ello, la distribución universal de CDF funciona como una herramienta de marketing y de monitoreo imperfecto de los suscriptores de los OTP.

Por otro lado, el empaquetamiento es una constante en la industria, tanto en Chile como en el resto del mundo, definida fundamentalmente por la manera en que los OTP estructuraron su oferta de servicios de telecomunicaciones y negociaron con CDF la modificación producida a partir del año 2006.

Por último, atribuyendo exclusivamente a CDF la responsabilidad por ese cambio, los elementos propios de una venta atada anticompetitiva no concurren en la especie.

⁹⁸ Requerimiento, párrafo 30.

2.2.1 La creación y mantención de CDF Básico como parte del producto de CDF permitió reducir significativamente el precio de sus señales premium, aumentar su penetración y mejorar el producto ofrecido a los consumidores

A partir de la implementación de los mínimos garantizados y la creación de CDF Básico, **no solamente se aumentó la penetración de CDF Premium, sino que bajó su precio minorista** de \$8.990 a \$4.990 de la época, es decir, de \$14.367 a \$7.975 en precios actuales (todos con IVA incluido), al poder repartirse los costos fijos que enfrenta CDF en un producto más amplio que tiene diversas variantes. Posteriormente, el mismo efecto se hizo extensible a la señal CDF HD.

Es más, tan relevante fue el impacto de estas cláusulas que, hasta la fecha, CDF únicamente ha aumentado el precio mayorista de sus señales según las variaciones del IPC⁹⁹ y el precio minorista de CDF Premium sigue siendo, en términos reales, prácticamente igual al existente desde el año 2006, pues en promedio el precio que los OTP ofrecían a público en diciembre de 2020 correspondía a \$8.203 (IVA incluido).

Este hecho, de por sí notable, se torna aún más significativo si consideramos que **desde el año 2006 CDF ha mejorado significativamente su producto, en términos de partidos producidos, calidad de imagen, torneos transmitidos y plataformas disponibles, sin que ello haya significado alza alguna del precio.**

Sobre los partidos, la mayoría de ellos pertenecientes al CNFP han sido históricamente transmitidos en todas sus señales: por ejemplo, la Primera División en vivo en CDF Premium y HD, y luego en diferido en CDF Básico. Desde 2019 CDF ha comenzado a emitir en vivo partidos en el CDF Básico en forma estable, principalmente de la Primera B. De esta manera, ha pasado de transmitir 184 partidos del CNFP en vivo en 2006 a transmitir en vivo 313 partidos de esos torneos en vivo en 2020.

Ello reafirma que CDF utiliza las tres señales como variantes para aumentar la cantidad de partidos que puede producir y transmitir, conformando un único producto.

Es perfectamente normal que CDF Básico, como ocurre con la mayoría de los canales básicos, forma parte de la parrilla básica inicial, siendo los OTP quienes han optado

⁹⁹ Salvo un aumento excepcional en el año 2010.

por esta lógica de comercialización minorista. Siempre ha sido y será el interés de CDF la disponibilidad de todas sus señales a la mayor cantidad de suscriptores, razón por la cual preferiría estar inmerso en una industria en que, por ejemplo, sus señales premium pudiesen ser contratadas por clientes finales sin necesidad de contratar otros servicios de telecomunicaciones. Obviamente, este anhelo está fuera del control de nuestra representada.¹⁰⁰

Respecto a las demás características del producto de CDF, la mejoría también es evidente.

- La calidad de imagen de las señales ha estado en permanente progreso, incorporándose CDF HD en 2010 y CDF Básico HD en 2019.
- En relación con los torneos transmitidos, CDF se ha esforzado permanentemente por adquirir derechos de otros torneos de fútbol o de otros deportes, habiendo transmitido en sus señales competencias tales como la Copa Sudamericana, la Copa América, las clasificatorias a diversos mundiales y torneos de handball, entre otras.

De hecho, en febrero de este 2021 CDF transmitió la Copa Mundial de Clubes de la FIFA, con el objetivo de mantener el atractivo para sus suscriptores incluso durante el receso de los torneos del CNFP.

Finalmente, en los últimos años y consciente del avance de las nuevas tecnologías y plataformas, CDF creó (i) su propia OTT, Estadio CDF, permitiendo a personas de todo el mundo visualizar los partidos transmitidos del CNFP incluso sin tener que contratar servicios de televisión, y (ii) CDF Go, un servicio accesorio a la suscripción de CDF HD del tipo *TV Everywhere* que posibilita a los suscriptores de ciertos OTP acceder al contenido de las señales de CDF a través de una aplicación de internet.

Todo lo anterior demuestra el impacto social favorable surgido de la incorporación de la señal CDF Básico en el producto que nuestra representada programa y distribuye a nivel mayorista.

¹⁰⁰ Excepcionalmente, Telefónica ofrece a través de su servicio virtual Movistar Play Light la posibilidad de contratar CDF HD, junto con las demás señales de mi representada, sin contratar una parrilla básica. Una incipiente y parcial versión de un modelo de esta índole también se implementó con VTR y sus servicios tradicionales en fecha muy reciente.

2.2.2 La distribución universal de CDF es una herramienta de marketing relevante para sus señales premium y, al mismo tiempo, permite un monitoreo imperfecto de la cantidad de suscriptores.

Un aspecto esencial asociado a la existencia de CDF Básico y al hecho de que todos los OTP lo distribuyan a la totalidad de sus suscriptores, es que se trata de una fuerte herramienta de marketing que publicita las demás señales de CDF, pues al mostrar su contenido a la totalidad de los abonados a servicios de televisión de pago se incentiva que éstos se suscriban a las señales premium de nuestra representada, señales que, gracias a la existencia de CDF Básico, son ofrecidas a un menor precio.

Es decir, que CDF Básico deba ser distribuido a la totalidad de los abonados a servicios de televisión de pago se vincula con el legítimo afán por exigir cierto esfuerzo de venta a los OTP con relación a CDF Premium y HD o, en términos más económicos, habría economías de escala en la distribución y marketing de las 3 señales, porque la entrega de CDF Básico al universo completo de los suscriptores reduce las dificultades y costos de obtener abonados a las señales premium.

Tan importante es esta señal para fomentar la venta de las señales premium de CDF, que el precio mayorista que se cobra a múltiples OTP por CDF Básico disminuye sustancialmente al superarse determinadas metas de penetración respecto de los suscriptores que contratan CDF Premium y CDF HD. Así, el precio inicial de CDF Básico que en promedio supera levemente los \$400 se reduce a menos de \$90 y \$15 para los suscriptores a CDF Premium y CDF HD que están sobre la meta acordada, respectivamente.

Es decisión de cada OTP decidir si traspasa esa reducción en el precio mayorista a los suscriptores y cómo lo hace, no teniendo CDF posibilidad alguna de intervenir al respecto.

Por lo tanto, es engañoso cuando la FNE afirma que en ese caso el OTP deba pagar a CDF, así sin más, por CDF Premium/CDF HD y además CDF Básico, porque en ese escenario el precio mayorista de CDF Básico se reduce drásticamente, quedando en un valor casi simbólico.

Adicionalmente, la distribución universal también permite aminorar la asimetría de información que aqueja a CDF.

De no existir distribución universal CDF se vería obligado a confiar exclusivamente en la precisión y veracidad de la información que le envíen los OTP, tanto para el cobro por CDF Básico, como por las señales premium.

Sin embargo, existiendo distribución universal de CDF Básico, la información enviada por los OTP puede ser fácilmente contrastada con aquella informada a la Subtel, permitiendo así un cobro más certero tanto por CDF Básico, como por los mínimos garantizados de señales premium, de ser aplicables. De hecho, esta cualidad de la distribución universal ha permitido a CDF demostrar que algunos OTP informan a CDF una cantidad de abonados menor a los que efectivamente tienen (y/o a la que reportan a la Subtel).

2.2.3 CDF Básico es parte de un producto atractivo, tiene un rating relevante y una amplia variedad de contenidos, los que se han ido incrementando considerablemente

La FNE indica, sin citar ni referenciar ningún antecedente, declaración o estudio, que CDF Básico sería una “*señal de escaso valor*”¹⁰¹.

H. Tribunal, como hemos explicado a lo largo de este escrito, CDF ha realizado esfuerzos e inversiones relevantes para mejorar esta señal, por ejemplo, convirtiéndola a una versión HD a partir de 2019, sin cobrar por ello a los OTP.

Dadas las limitaciones contractuales históricas y aún existentes impuestas por los OTP, CDF estaba limitado contractualmente a transmitir en vivo partidos del CNFP - particularmente de la Primera División en CDF Premium y CDF HD. Por ello, la parrilla de CDF Básico incluía únicamente partidos en diferido, dentro de los cuales están contemplados los partidos de los clubes más importantes de país, como Universidad Católica, Universidad de Chile y Colo-Colo. A esos partidos se suman, hasta la fecha, múltiples programas deportivos, noticieros y otros contenidos deportivos afines.

Sin perjuicio de lo anterior, CDF Básico ha comenzado a transmitir en vivo partidos de la Primera B, la segunda mayor categoría del fútbol profesional chileno¹⁰², en forma estable desde el 2019, habiendo transmitido entre 2019 y 2020 49 de esos partidos en vivo.

¹⁰¹ Requerimiento, párrafo 33.

¹⁰² Hay que reiterar que son precisamente las condiciones contractuales exigidas por algunos OTP las que todavía impiden a CDF transmitir partidos de Primera División en CDF Básico, salvo en aquellas ocasiones en que se jueguen múltiples partidos en simultáneo que no puedan ser repartidos en las señales premium de nuestra representada.

Del mismo modo, desde 2009 CDF ha incorporado la transmisión en vivo de otras competencias deportivas en CDF Básico, incluyendo amistosos de la selección nacional masculina y femenina, clasificatorias a los mundiales de Sudáfrica, Brasil y Qatar, Copa América, Fútbol masculino juvenil, Copa Libertadores Femenina, Panamericanos Lima 2019, Básquetbol, eSports y Rugby Seven.

Considerando tales transmisiones y que muchas de ellas se realizan en forma exclusiva en CDF Básico, por ocurrir en simultáneo con otros eventos deportivos relevantes transmitidos por CDF, nuevamente la FNE incurre en una imprecisión al indicar que *“sus contenidos son (...) prácticamente idénticos a los de las señales CDF Premium y CDF HD”*¹⁰³.

Independientemente de esas recientes transmisiones, el rating de CDF Básico debiese ser, por sí solo, suficiente para concluir que es una señal relevante.

Desde que comenzó a ser medido por Kantar Ibope, el rating de CDF Básico alcanza un nivel promedio de 0,21¹⁰⁴, que es un buen rating para canales básicos de televisión de pago.

A mayor abundamiento, dicha medición subrepresenta el verdadero valor de CDF Básico en la parrilla básica. Si se considerasen mediciones por programa en vez de por señal, se apreciaría mejor el atractivo de los programas que transmite CDF Básico, tales como el programa de noticias deportivas *“TNT Data Sport”* o los relevantes programas informativos, de conversación y análisis deportivo *“Pelota Parada”* y *“Todos somos Técnicos”*, cuya transmisión simultánea por las 3 señales de nuestra representada diluye su rating en tres señales, cuestión que no ocurre con aquellos canales de televisión básicos que no cuentan a su vez con una versión premium que transmita en simultáneo el programa respectivo, pero a la vez reafirma que son un único producto. De esta forma, se produce una dispersión de los televidentes que ven el contenido exhibido por CDF Básico, produciéndose una submedición de su rating real.

¹⁰³ FNE, Requerimiento, párrafo 33.

¹⁰⁴ Es decir, usando la base de datos de rating desde el 2005, pero excluyendo del cálculo del promedio aquellos períodos en que la señal no fue incluida en la medición (en el caso de CDF Básico, 3er trimestre de 2006 hacia atrás).

Lo anterior, determina que la señal CDF Básico es incluso más atractiva que aquello que refleja el rating medido por Kantar Ibope, y que está muy lejos de ser una “*señal de escaso valor*” como pretende hacernos ver la FNE para apoyar su teoría del caso.

Sin perjuicio de lo expuesto, y considerando el subvalorado rating de CDF Básico, lo cierto es que incluso en estas desfavorables circunstancias su rating es equivalente al de Fox Sports SD y HD (0,25); ESPN SD y HD (0,27); ESPN+ (0,17); ESPN2 SD y HD (0,24); y ESPN3 SD y HD (0,04)¹⁰⁵, pese a que la mayoría de estos canales han contado, para gran parte del período relevante, con versiones SD y HD, cuyo rating es sumado en los reportes de Kantar Ibope.

A partir de ello, si la FNE ha considerado en el pasado que los canales de ESPN y de Fox Sports son “*importantes*” para los OTP y los consumidores finales¹⁰⁶, la consistencia obliga a concluir lo mismo respecto de CDF Básico.

2.2.4 La venta conjunta de las señales de CDF que conforman su principal producto no reúne los requisitos de una venta atada anticompetitiva

Conforme a lo expuesto, el efecto favorable de la venta conjunta del CDF Básico, CDF Premium y CDF HD es innegable.

Incluso abstrayéndose de tal efecto o si la FNE fuese a desconocerlo, cabe agregar que en la especie no estamos en presencia de venta atada, razón por la cual la FNE tampoco la imputa expresamente como tal en el Requerimiento¹⁰⁷.

A mayor abundamiento, y dado que la FNE se refiere a la venta conjunta de las señales CDF como una supuesta “*demanda forzada*”¹⁰⁸, a continuación, señalamos las razones por la que claramente no concurren los requisitos para entender como anticompetitiva esta práctica comercial de CDF, según la posición que la FNE, replicando la postura del H. Tribunal, ha tomado a este respecto¹⁰⁹.

¹⁰⁵ De todas formas, cabe hacer presente que ESPN no cuenta con canales premium, cuestión que determina que toda su audiencia se centre en los canales reseñados, a diferencia de lo que ocurre con las señales de nuestra representada, cuyos televidentes se reparten entre CDF Básico y sus señales premium.

¹⁰⁶ Investigación División de Fusiones Rol N° F155-2018, Informe Aprobación, párrafo 52.

¹⁰⁷ La FNE únicamente sugiere esta posibilidad en su escrito de reposición de 10 de febrero de 2020 (párrafo 14) sin ahondar en ello en su nuevo Requerimiento, demostrando sus vacilaciones al respecto.

¹⁰⁸ Requerimiento, p. 32.

¹⁰⁹ Investigación FNE Rol N° 2316-14 caratulada “Denuncia de particular en contra de S.A.C.I. Falabella y CMR Falabella”, Minuta de Archivo de fecha 13 de enero de 2015, párrafo 17: “*Teniendo a la vista lo anterior, se discutirán brevemente las condiciones consideradas por el TDLC aplicadas al caso particular*”

2.2.4.1. Las tres señales de CDF componen un único producto, es decir, no existen dos productos diferentes que se puedan vender atadamente

H. Tribunal, hemos explicado latamente por qué las señales de CDF conforman un único producto, lo que se debe fundamentalmente a que son utilizadas como diferentes ventanas, en términos de oportunidad y calidad, para transmitir los eventos deportivos para los cuales CDF ha adquirido derechos de transmisión.

Sin embargo, la identidad en el contenido de las tres señales, y su consecuente conformación de un producto unitario, no se limita a los partidos y competencias deportivas que transmiten.

Por un lado, en lo que respecta a programas y shows de producción interna, subcontratados o adquiridos a terceros, éstos son incorporados en la grilla de las 3 señales en el espacio horario que tengan disponible.

Por otro lado, en términos de costos generales, CDF no distingue entre sus 3 señales, debido a que éstas comparten los mismos costos (fundamentalmente, producción de partidos y eventos deportivos, y adquisición de derechos de transmisión).

Finalmente, respecto a la segunda fuente de ingresos más relevante, los espacios publicitarios son ofrecidos por CDF para sus contenidos (programas, shows o partidos), independientemente de la señal en que el contenido es incluido.

En consecuencia, la división de CDF entre sus 3 señales busca generar una fórmula que optimice la mayor difusión posible de su contenido, disminuyendo el costo para los suscriptores que quieran contratar CDF Premium o HD.

2.2.4.2. Bajo cualquier definición plausible de mercado, CDF no ostenta monopolio ni posición dominante alguna y, además sus señales premium no tienen la naturaleza de *must-have*

de Falabella. Dichas condiciones son: (i) que los productos o servicios incluidos en las ofertas conjuntas sean diferentes y no se vendan separadamente; (ii) que la compañía tenga poder de mercado en el servicio que solo vende en forma empaquetada; (iii) que la vinculación produzca o tienda a producir el efecto de inhibir el ingreso o de excluir competidores en el mercado del producto atado o potencialmente más competitivo; y (iv) que dicha modalidad de comercialización carezca de una justificación o explicación alternativa al abuso de poder de mercado” (citas omitidas).

H. Tribunal, ya hemos desarrollado en detalle que una definición razonable de mercado relevante hace necesario descartar que nuestra representada tenga un monopolio o posición dominante.

Muy por el contrario, CDF lidia constantemente con el importante poder de compra que ostentan los OTP, lo que hace que no pueda desenvolverse en el mercado con independencia de ellos.

Por razones de economía procesal, nos remitimos a lo ya señalado *supra*, especialmente en lo que dice relación con el concepto de *must-have* y cómo no es aplicable a las señales premium de CDF.

2.2.4.3. No se produce ningún efecto anticompetitivo, real ni potencial, como consecuencia de la venta conjunta de las señales de CDF

Comúnmente, lo que se reprocha de las ventas atadas es su capacidad o efecto exclusorio. Este efecto es requerido consistentemente por la jurisprudencia nacional.

Al analizar esta conducta, la FNE le atribuye como consecuencia a la venta de CDF Básico y su distribución a todos los suscriptores, el que tendería a restringir la posibilidad de los OTP de cobrar un precio más bajo por su parrilla básica, o de realizar otra acción comercial que pudiera beneficiar a los consumidores.¹¹⁰ Si bien en el Requerimiento la FNE no lo hace expresamente, esto sugiere preocupaciones de índole exclusoria.

En este sentido, un mínimo de coherencia exige a la FNE descartar cualquier efecto exclusorio. Por un lado, debido a que la División Antimonopolios, encargada también de la Investigación que antecedió al Requerimiento, concluyó en 2015 que CDF no tendría rivales a quienes excluir. Por otro lado, y en línea con definiciones de mercado más ajustadas a la dinámica competitiva de esta industria, porque, en los hechos, CDF no ha excluido a ningún competidor de este mercado, enfrentando al menos fuerte presión de Fox Sports y ESPN y una incipiente competencia de CDO.

2.2.4.4. Existen múltiples razones comerciales legítimas que justifican la venta conjunta realizada por CDF y de la exigencia de distribución universal de CDF Básico

¹¹⁰ Requerimiento, párrafo 35.

A lo largo de esta sección expusimos en detalle los beneficios derivados de la venta conjunta de las señales de CDF y de la distribución universal de CDF Básico. Para estos efectos, las justificaciones de esta conducta pueden resumirse de la siguiente forma: (i) permitir una caída en el precio de CDF Premium y, en el largo plazo, mantener ese precio rebajado para tal señal y para CDF HD; (ii) servir como imperfecto mecanismo de monitoreo de los abonados de los OTP; y (iii) constituir una esencial herramienta de marketing, con el consecuente aumento de la penetración de las señales premium de nuestra representada.

Todas estas justificaciones se traducen y tienen un correlato en eficiencias que mejoran la situación de los consumidores, en comparación a la que imperaría en ausencia de esta conducta, lo que permitió expandir la venta de CDF Premium y HD, permitiendo que más personas pudieran acceder a ver los partidos del CNFP, sea a través de tales señales o por medio de CDF Básico.

En conclusión, es evidente que **todas las señales de CDF conforman un único producto** y, por tanto, que **su comercialización conjunta no puede ser objeto de reproche**. Tal comercialización y la distribución universal de CDF Básico generan eficiencias y está justificada en múltiples circunstancias y objetivos comerciales.

Adicionalmente, incluso si se estimase que se trata de productos diferenciados, no concurren los elementos que tornarían en anticompetitiva su venta conjunta a los OTP, principalmente por la ausencia de cualquier efecto de índole exclusoria.

Por el contrario, si CDF Básico se vendiese como si fuese un producto independiente, se terminaría perjudicando a los consumidores, que verían un alza en los precios tanto de CDF Premium como HD y, en consecuencia, un menor acceso al CNFP, por cuanto CDF seguirá enfrentando los mismos costos que deberán ser divididos en una menor base de clientes. Volvemos a insistir que CDF es un canal que actualmente no produce utilidades, por el contrario, pierde dinero, por lo que mal puede la FNE acusar a CDF de estar por esta vía rentando por sobre un nivel competitivo, cuando en 2019 y 2020 nuestra representada ni siquiera cubrió sus costos.

2.3. La cláusula de limitación de venta bajo costo obedece a una razón histórica que no ha generado una restricción activa ni relevante para la estrategia de precio de los OTP, ni ha entorpecido ni restringido la libre competencia

Respecto al establecimiento de una cláusula de limitación de venta bajo costo para las señales CDF Premium y HD, la FNE indica:

17. Una segunda práctica comercial anticompetitiva implementada por el CDF, desde el año 2006 a la fecha, corresponde al establecimiento de un precio mínimo de reventa en el mercado *aguas abajo* para las señales CDF Premium y CDF HD. Tal precio mínimo es el costo de adquisición de la señal CDF Premium y de la señal CDF HD para el respectivo cableoperador, y supone que este último no puede cobrar a sus abonados premium un precio menor a aquel que el cableoperador debe pagar, a su vez, a CDF. Esta práctica se ha ejecutado desde la creación de CDF Básico y CDF Premium, toda vez que desde entonces los cableoperadores se han visto obligados a cobrar por las señales CDF Premium y CDF HD precios superiores a sus costos de adquisición.

2.3.1 Razonabilidad histórica de esta cláusula

En forma preliminar, cabe precisar el real momento de surgimiento de esta cláusula.

En efecto, el origen de la versión inicial de esta cláusula se remonta a los acuerdos con VTR, Metrópolis Intercom (hoy fusionado con VTR) y Sky celebrados en el año 2003, en los cuales el modelo de compartición de ingresos incorporaba un precio minorista acordado entre las partes.

Como se ha señalado, el riesgo de venta de CDF era asumido íntegramente por CDF, el que compartía los ingresos con los OTP, generando una especie de comisión en base a un porcentaje de la venta. Si el OTP bajaba el precio, el principal afectado era CDF. En el extremo, si el OTP hacía una promoción para vender otro producto y regalaba las señales de CDF, nuestra representada no habría recibido nada y, por lo tanto, habría subvencionado con su esfuerzo, producto y pérdidas los márgenes y rentabilidad de los OTP.

Este H. Tribunal comprenderá que no puede pretenderse que un naciente e incipiente CDF haya tenido la capacidad de imponer una cláusula de esta índole a los más grandes OTP de la época, que representaban casi el 90% del mercado.

Tampoco es cierto que la limitación de venta bajo costo tenga el impacto en la competencia que pretende atribuirle la FNE.

Esto se debe, por un lado, a que no se trata de una cláusula de prohibición absoluta -existiendo excepciones para las promociones y la venta en paquetes- y, por otro lado, a las peculiaridades del funcionamiento de los OTP y de la industria de las telecomunicaciones, consistente en la venta por *packs*. En forma similar, tampoco se verifican los supuestos y elementos que en otros escenarios llevan a concluir que este tipo de cláusulas son anticompetitivas.

2.3.2 La limitación de venta bajo costo protege el valor de la marca de CDF Premium y CDF HD

Tras la ruinoso experiencia con el esquema de compartición de ingresos, resulta razonable y lógico que nuestra representada haya intentado protegerse de las grandes empresas que eran sus clientes, manteniendo un precio minorista mínimo al que debían ofrecerse sus señales premium.

Por un lado, esto le aseguraba que, en caso de retornar a un sistema de compartición de ingresos, los OTP seguirían vinculados contractualmente a una regla que les impedía regalar CDF Premium, traspasando todo el costo a CDF y sin soportar ningún riesgo.

Por otro lado, el progreso y experiencia comercial de CDF también hacía evidente que la marca de sus productos y servicios, y cómo eran estos percibidos por la población, eran fundamentales en su futuro desarrollo y crecimiento.

Si CDF Premium, y posteriormente CDF HD, eran ofrecidos y vendidos a precios bajos o regalados a los consumidores por la compra de otros productos, esto podría haber generado la errónea percepción que se trataba de un producto de baja calidad y poco atractivo o incluso, un producto “gratis”, por el cual se pierde la disposición a pagar, como sucede, por ejemplo, con los servicios gratuitos prestados por internet.

Cabe hacer presente que lo anterior no era una mera elucubración con baja probabilidad de ocurrencia, ya que CDF lo había efectivamente sufrido en la práctica. Es así como en enero de 2004, los OTP existentes decidieron no pagarle a CDF a pesar de exhibir la “Señal Premium” a sus abonados, señalando públicamente que era un servicio de baja calidad, cuestión que amenazaron con hacer nuevamente en varias ocasiones.

Si no contase con la limitación de venta bajo costo, los OTP podrían bajar continuamente los precios minoristas de CDF llegando, en el extremo, a ofrecerlas gratuitamente. A la larga, se habría mermado o eliminado completamente la disposición de los consumidores a pagar por las señales premium de nuestra representada, cuestión que no ocurre, y por ello está permitida contractualmente, cuando se trata de incorporar las señales premium de CDF como parte de un paquete más amplio de servicios de telecomunicaciones.

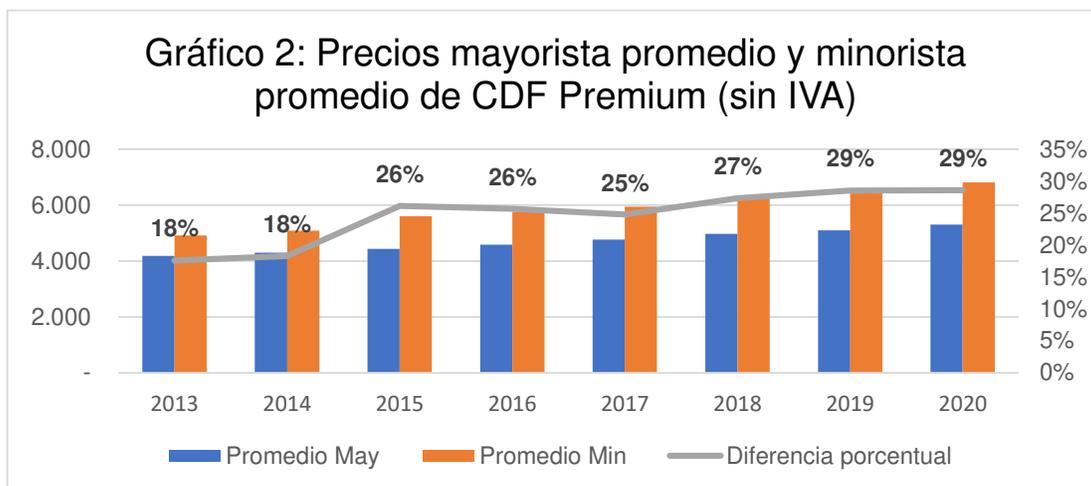
2.3.3 La interpretación que las partes han hecho de esta cláusula contractual ha implicado que los OTP han tenido plena libertad para determinar el precio de las señales premium y de sus paquetes – La cláusula de limitación de venta bajo costo permite incluir las señales en paquetes y ha tenido nula aplicación práctica, por lo que no puede perjudicar la libre competencia

Sin perjuicio de las justificaciones de esta cláusula contractual, ella no ha tenido impacto práctico, ya sea por la posibilidad de hacer promociones, pero sobre todo por la posibilidad de venta en paquetes, considerando que CDF no tiene capacidad para revisar, día a día, los precios minoristas de sus más de 30 clientes y para cada territorio o combinación de servicios existente.

En otras palabras, CDF no ha monitoreado activamente esta cláusula, por lo que nunca ha tenido el efecto pretendido por la FNE en la práctica comercial.

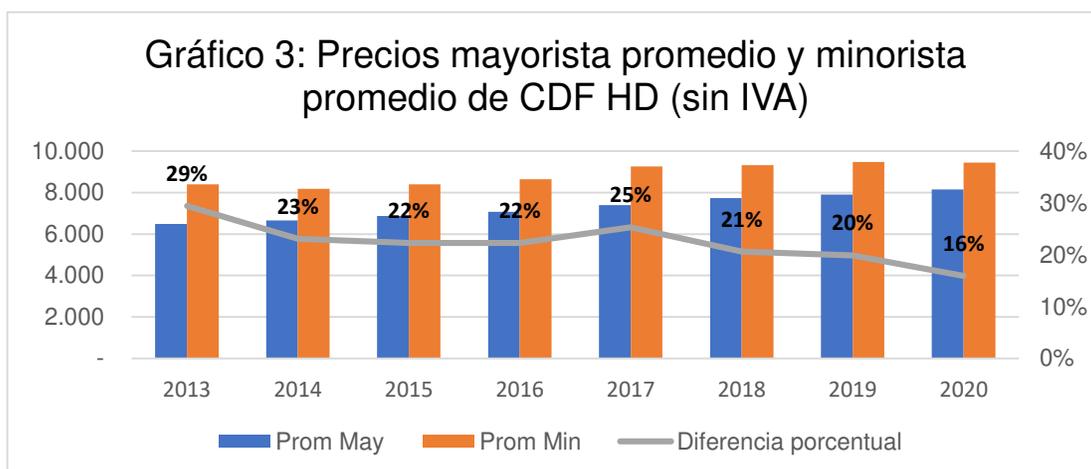
Además de lo anterior, la forma en que las OTP han fijado los precios minoristas de CDF Premium y CDF HD - por sobre el precio mayorista- es indicativa de la nula restricción que en los hechos deriva de esta cláusula. Como se puede apreciar en los siguientes gráficos, los precios promedios mayoristas y minoristas de CDF Premium y CDF HD distan mucho entre sí.

Para CDF Premium, la diferencia entre el precio mayorista y minorista siempre fue superior a 18%, alcanzó el 29% en determinados años y, en promedio para todo este período, fue de 25%, tal como se puede apreciar en el Gráfico 2.



Fuente: Elaboración propia en base a datos internos de CDF y reportes de OTP.

Por su parte, la diferencia entre el precio mayorista y minorista de CDF HD siempre fue superior al 16%, alcanzó el 29% en 2009 y, en promedio para todo este período, fue de 22%, tal como se puede apreciar en el Gráfico 3.



Fuente: Elaboración propia en base a datos internos de CDF y reportes de OTP.

La mejor demostración de la libertad de que gozan los OTP para establecer sus precios, es que desde que existe el modelo actual no han solicitado a CDF fijarlos en montos menores a los precios mayoristas.

Obviamente esta diferencia es mucho mayor cuando se compara con la venta de CDF empaquetada, en donde no se asigna un precio específico a CDF Premium o CDF HD.

Equivalentemente, habiendo múltiples puntos a negociar en cada renovación o celebración de contratos, nunca ha sido un tema relevante la eliminación o modificación de esta cláusula, lo que se demuestra en los OTP nunca han buscado que sea declarada ilegal, anticompetitiva o nula en sede de libre competencia o civil.

Todo esto reafirma que la limitación a vender bajo costo no genera ninguna restricción real en la estrategia de precios de los OTP y que éstos no tienen interés en reducir los precios minoristas de CDF Premium y HD por debajo de su costo como una política de precios permanentes. Ello puede deberse a que los suscriptores no se cambian de OTP por el precio singular de un canal premium, ya que esto tiene altos costos de cambio, o porque el foco de los OTP es competir en el mercado de los paquetes de servicios de telecomunicaciones.

Por último y muy importante, la cláusula de limitación de venta bajo costo permite expresamente incorporar CDF Premium y HD en paquetes multiservicio, en la medida que el paquete tenga un precio minorista superior al precio mayorista de CDF Premium y CDF HD.

Al día de hoy, los paquetes de televisión de pago o multiservicios de todos los OTP referenciados por la FNE en su Requerimiento valen más de \$17.990 (IVA incluido)¹¹¹, es decir, incluso el más barato, que corresponde a Tu Ves, está más de \$8.000 por sobre el precio mayorista de CDF HD, la señal más cara de nuestra representada, que a diciembre de 2020 en promedio alcanza un precio mayorista de \$9.736 (IVA incluido).

H. Tribunal, habiendo los OTP determinado los precios minoristas de las señales premium y de sus paquetes con total libertad y siempre en niveles considerablemente superiores a los cobrados por nuestra representada, es ineludible concluir que esta cláusula no ha tenido impacto negativo alguno en la competencia.

2.3.4 CDF no busca inhibir la competencia aguas abajo, porque su objetivo es incrementar el alcance de sus señales

La teoría plasmada en el Requerimiento pasa por alto un esencial elemento para poder efectivamente imputar a CDF una infracción al DL 211: ¿cuál sería el interés u objetivo anticompetitivo de nuestra representada al inhibir la competencia aguas abajo a través de una limitación de la venta bajo costo o de cualquiera de las otras prácticas objeto del Requerimiento?

¹¹¹ El detalle de estos precios puede apreciarse en la Tabla 3.

El objetivo de CDF siempre ha sido incrementar el nivel de distribución de sus señales, para lo cual necesita precisamente que los OTP compitan entre sí y no que el mercado minorista sea controlado por unas pocas empresas.

Enfrentando CDF mayormente costos fijos, nuestra representada necesita maximizar la distribución de sus señales -objetivo que se logra precisamente con mayor competencia aguas abajo- para así evitar sufrir pérdidas derivadas de una caída en los ingresos que no puede ser compensada dada la imposibilidad de acomodar sus costos. Esta maximización de la distribución, y el aumento de la calidad de sus señales que ha ayudado a ello, se evidencian al cuantificarse el aumento de la penetración de todas las señales de CDF y el incremento en la cantidad de eventos transmitidos desde 2006¹¹².

Siguiendo la misma línea, a CDF tampoco le resulta conveniente causar una disminución de la competencia entre las OTP, puesto que eso derivaría en un incremento del poder negociador que algunos de éstos tienen (los incumbentes). Afortunadamente el mercado hoy es más competitivo y menos concentrado que en 2006, pero todavía concentrado en cuatro grandes actores.

En suma, si bien formalmente las partes de los contratos han acordado una limitación a la venta bajo costo, ésta obedece a una clara razón histórica; que ha tenido nulo impacto práctico porque los precios minoristas que libremente fijan los OTP siempre han sido muy superiores a los precios mayoristas y, adicionalmente, porque tiene dos grandes excepciones, a saber, (i) dicho límite no existe en la venta de paquetes de telecomunicaciones; y (ii) las OTP pueden realizar promociones bajo costo según la regulación contractual acordada con CDF.

2.4. La regulación contractual de las promociones es una excepción a la limitación a la venta bajo costo y sirve para evaluar las acciones comerciales realizadas, pero no impacta en absoluto la capacidad de los OTP de determinar autónomamente las políticas de precios de sus servicios

Respecto a esta conducta, la FNE señala:

¹¹² Tal como puede apreciarse en la Tabla 4 y en los Gráficos 4 y 5 que se incorporan en esta presentación.

11. En primer término, esta Fiscalía pudo identificar que, a contar del año 2006 y hasta la fecha, CDF controla y limita las promociones que los cableoperadores pueden ofrecer y otorgar a los consumidores finales respecto de las señales CDF Premium y CDF HD. Estas promociones dicen relación con cualquier ofrecimiento o condición en virtud del cual los suscriptores de televisión de pago reciban una reducción en el precio a público originalmente establecido para las señales CDF Premium y CDF HD, ya sea a través de descuentos, entrega de meses gratis o cualquier otro mecanismo que persiga similar resultado.

H. Tribunal, esta es una simplificación extrema e impropia del panorama relativo a las promociones efectuadas por los OTP y su funcionamiento contractual y comercial.

Lo primero que omite señalar el Requerimiento es que los contratos estipulan que las promociones deben ser acordadas, lo que resulta bastante obvio, considerando que generalmente los OTP no financian las promociones. En el evento que un OTP realiza una promoción, usualmente CDF deja de recibir el pago por esos meses promocionales o, al menos, queda en un estado de incertidumbre.

Adicionalmente, la FNE no distingue entre períodos u OTP que tienen características completamente diferentes y que se rigen por estipulaciones contractuales diversas, y tampoco reconoce el esfuerzo constante que nuestra representada ha hecho para que los OTP ofrezcan sus señales premium y lleven a cabo promociones.

En términos de sus justificaciones, la regulación contractual de las promociones opera como una excepción a la cláusula de limitación de venta bajo costo y, además, sirve como un mecanismo para monitorear, imperfectamente, los suscriptores de los OTP y evaluar los esfuerzos llevados a cabo por CDF.

Al mismo tiempo, y de forma completamente contraria a lo que la FNE afirma, CDF permanentemente incentiva y apoya a las OTP para que realicen más acciones comerciales destinadas a incrementar la distribución de CDF Premium y CDF HD de las que harían de no mediar regulación contractual alguna.

Por lo pronto, **CDF no controla ni limita de manera alguna las promociones realizadas por los OTP**, quienes simplemente le informan de las acciones que realizarán, por lo que no concurre el presupuesto de hecho que esgrime la FNE.

Por su redacción y sus niveles de precio históricos y actuales, esta regulación ni siquiera cubre los servicios de televisión de pago y paquetes multiservicio ofrecidos por los OTP. Por ello, tampoco es cierto que este tipo de regulación acordada entre las partes inhiba la competencia aguas abajo, ya que ésta se desarrolla a través de la configuración y oferta de paquetes de telecomunicaciones

2.4.1 La regulación contractual de las promociones constituye una excepción a la limitación a la venta bajo costo, pretende permitir a CDF monitorear correctamente los suscriptores de los OTP (en especial para cobrar adecuadamente por los abonados premium y HD) y evaluar sus propios esfuerzos comerciales y programáticos

En primer lugar, la regulación de las promociones no es realmente una limitación contractual para los OTP, sino una excepción a la cláusula de limitación de venta bajo costo. De esta forma, CDF y los OTP han acordado que se pueden promocionar las señales premium de CDF bajo costo (e incluso gratuitamente), con el único requisito -que tiene nula aplicación práctica- de recibir la autorización de CDF para realizar tales promociones.

El principal objetivo buscado por CDF con esta cláusula es que no se regale CDF Premium o CDF HD a su costa y sin su consentimiento, como ocurrió en una decisión de la industria completa en el mes de enero del año 2004 y en variadas ocasiones con posterioridad.

Además, los OTP deben informar a CDF los suscriptores que están recibiendo promociones, tal como lo hacen con la generalidad de sus abonados. Aparte de ser una obligación estándar en la industria, en la situación específica de CDF permite calcular de forma correcta el número total de abonados a CDF Premium y CDF HD y, por lo tanto, el monto final que deben pagar los OTP y que dichas cantidades sean auditables.

En efecto, si no se informaran las promociones a CDF, no sería posible determinar correctamente los abonados a CDF Premium y CDF HD en una auditoría, ya que es necesaria dicha información para después poder contrastarla tanto con los abonados que tienen acceso a CDF Premium o CDF HD y por cuantos se habría pagado.

Así, la regulación contractual de las promociones proporciona a CDF un mecanismo para monitorear los suscriptores que acceden a sus señales, particularmente a las

premium, permitiendo categorizar adecuada y anticipadamente aquellos suscriptores que deben ser pagados por el OTP, cuales no, y el valor correspondiente a cada uno de ellos.

Dada la fuerte y concreta asimetría de información a que nos hemos referido, está plenamente justificado incorporar resguardos contractuales que hagan más difícil y costoso a los OTP subreportar los abonados a CDF Premium y/o CDF HD, pese a que sea complejo para nuestra representada detectar en forma oportuna tales incumplimientos.

En ese sentido, la obligación de informar las promociones es útil para el caso de eventuales auditorías que arrojen inconsistencias entre los suscriptores que realmente ven las señales premium de CDF y quienes son reportados por los OTP como abonados a tales señales, ya que constituye un antecedente fidedigno para acreditar que hay un incumplimiento contractual si no se han acordado promociones y el número de abonados que ven la señal es superior al reportado.

A su vez, contar con estos antecedentes otorga a CDF la posibilidad de evaluar, mes a mes, el desempeño de sus señales y los resultados alcanzados a través de sus propios esfuerzos, ya que, en la permanente búsqueda de mejorar sus servicios, CDF está constantemente perfeccionando sus transmisiones, la calidad de la imagen y el espectáculo entregado a través de sus señales, así como explorando nuevos derechos deportivos que puedan resultar atractivos para la población.

Simultáneamente, CDF no se conforma con las acciones promocionales desarrolladas por los OTP, sino que invierte en campañas publicitarias masivas y dirigidas, para así lograr que un mayor número de clientes se abonen a sus señales premium. Ambos esfuerzos suponen significativos costos para CDF, por lo que contar con la información más completa posible de cantidad de suscriptores de cada OTP y su evolución mensual le permite evaluar el impacto efectivo de éstos.

2.4.2 En los hechos, CDF no puede rechazar o negar una promoción, puesto que los OTP, antes de realizarlas, se las comunican con fines meramente informativos y en muchísimas ocasiones ni siquiera son informadas, cuestión que además es imposible monitorear

Si bien existen contratos en que las promociones realizadas bajo el precio mayorista de CDF Premium y CDF (descuentos, meses gratis, etc.) deben ser autorizadas por

CDF, sabido es que en libre competencia importan no solo las formas (contractuales, en este caso), sino su materialización efectiva. Y la realidad es que los OTP no solicitan permiso ni autorización a CDF para llevar a cabo las escasas promociones que realizan por voluntad propia, sino que solamente las informan.¹¹³

Frente a tal comunicación, CDF únicamente puede manifestar su opinión, en especial en lo relativo a la finalidad o utilidad comercial de determinados tipos de actividades. Sin embargo, manteniendo los OTP la relación con los suscriptores, poco y nada puede hacer CDF si éstos deciden seguir adelante con la iniciativa en cuestión.

Por ello, es inentendible el control que la FNE sugiere que tendría nuestra representada sobre estas promociones¹¹⁴:

13. Esta Fiscalía ha identificado durante su Investigación que, en los hechos, el tipo de promociones que preferentemente la Requerida autoriza, son aquellas que se realizan para abonados que el cableoperador ya tiene en su cartera de clientes. En efecto, esas promociones apuntan básicamente a retener suscriptores de las señales CDF Premium y CDF HD que desean dar de baja el servicio o a aumentar la penetración de esas señales respecto de los clientes del propio cableoperador, impidiéndose de esta forma campañas de captación dirigidas a suscriptores de otros cableoperadores o al público en general.

- Primero, porque se refiere a las promociones que CDF “preferentemente autoriza” siendo que, conforme a lo expuesto, los OTP en general no piden aprobación alguna a CDF ni éste puede impedir que tales promociones se lleven a cabo.

H. Tribunal, **nuestra representada nunca tuvo como política negar la realización de promociones siendo** lo más similar a esto objeciones a determinadas iniciativas que fueron, en la gran mayoría de los casos, desoídas por el OTP respectivo.

- Segundo, porque parece criticar que CDF esté interesado en las promociones relativas a sus señales premium, cuando es del todo lógico y esperable que una empresa esté focalizada en la venta de sus productos, y que se preocupe por la promoción que de éstos se efectúa.

¹¹³ Existen OTP con tendencia a mencionar las promociones únicamente en el reporte mensual correspondiente al mes anterior, sin comunicárselas a CDF antes de su realización.

¹¹⁴ En el mismo sentido apunta el párrafo 19 del Requerimiento.

- Tercero, y vinculado a lo anterior, porque la FNE parece insistir en que sería responsabilidad de nuestra representada la ausencia de promociones “*dirigidas a suscriptores de otros cableoperadores o al público general*”. Esto, pese a que es una materia controlada enteramente por los OTP, los que privilegian, no el éxito y desarrollo de CDF Premium y HD, sino la expansión de los suscriptores a sus paquetes de televisión de pago y multiservicios.

2.4.3 Los OTP y CDF han tendido hacia una regulación contractual de las promociones que permite a las partes soportar conjuntamente sus costos y fomenta que los OTP realicen este tipo de actividades comerciales

CDF, como casi cualquier empresa, tiene el propósito de maximizar la distribución de sus señales, en especial considerando los altos costos fijos que supone producir la totalidad de los partidos del CNFP. El problema surge porque los OTP, por su propia iniciativa, no prestan toda la colaboración necesaria para estos efectos, siendo estos quienes tienen la relación directa con los consumidores y pueden hacer actividades de marketing más efectivas y dirigidas.

Para incentivar la distribución, aparte de los mínimos garantizados, **CDF permanentemente apoya y acompaña a los OTP en sus estrategias promocionales, por un lado, y ha ido acordando reglas contractuales adicionales sobre este tema, por el otro.**

- En relación con lo primero, en las raras ocasiones en que un OTP, por iniciativa propia, ha propuesto a CDF una estrategia promocional, tales como otorgar descuentos a determinados abonados o entregar las señales gratis por una cantidad preestablecida de meses, nuestra representada las ha apoyado e incluso ha aportado monetariamente a ellas.

De hecho, debido al estallido social y la pandemia, CDF apoyó campañas de diversos OTP para entregar CDF HD a precios promocionales, aportando nuestra representada el diferencial del precio mayorista de esa señal y CDF Premium y teniendo que pagar la OTP únicamente el precio de esta última. Incluso en este período CDF ha acordado que no se pague por los mínimos garantizados en aquellos espacios de tiempo en que el CNFP ha estado suspendido o cancelado.

- En relación con lo segundo, desde hace unos años CDF y los principales OTP, mediante contratos, anexos o interpretaciones de los documentos existentes, han implementado facilidades para que los OTP, sin pedir autorización a CDF, realicen promociones estando bajo el mínimo garantizado ofreciendo las señales premium bajo el costo a clientes nuevos, clientes no suscritos a las señales premium de CDF y para retener abonados que quieran desconectar los servicios de televisión de pago o las señales premium de nuestra representada. No es efectivo lo que señala la FNE que dichas facilidades y acuerdos sólo tienen por objeto retener clientes de CDF.

CDF y varios OTP han acordado que, si estos reportan una cantidad menor de suscriptores a la garantizada en un período determinado, pueden emplear para fines promocionales la diferencia que surge entre el número de abonados garantizado y reportado (multiplicada por el precio de la señal respectiva). Cabe resaltar que esta situación en que los OTP se encuentran bajo su mínimo garantizado, y la subsecuente posibilidad de regular sus consecuencias, ha ocurrido únicamente en los últimos años, puesto que en sus inicios los mínimos eran alcanzados y superados por la totalidad de los OTP.

De no existir esa fórmula contractual, como la mayoría de los OTP solo tienen mínimos garantizados para CDF Premium, solo podrían utilizar ese supuesto diferencial en el *mes respectivo* a través de promociones de *CDF Premium*¹¹⁵.

Por el contrario, la regulación contractual de las promociones, y, en particular, esta fórmula implementada con algunos OTP, entrega flexibilidad a los OTP, pues les permite imputar al diferencial promociones realizadas en *meses posteriores* con la señal que es mejor recibida por los consumidores -*CDF HD*-. Fuera de esa flexibilidad, en esta fórmula nuestra representada soporta parte del costo de la promoción, al no recibir pago por los abonados promocionales a CDF HD imputados al diferencial (en la medida en que el OTP siga reportando que se encuentra bajo su mínimo garantizado).

A todo lo anterior, cabe agregar que los acuerdos alcanzados con los OTP bajo esta fórmula contractual implican creer que éstos reportan el número real y efectivo de suscriptores que tienen. Como hemos explicado, CDF ha constatado en varias ocasiones subreportes de abonados y atendida la imposibilidad de auditar a los OTP

¹¹⁵ Si entregaran CDF HD promocionalmente sin pagar ningún diferencial de precio, CDF estaría cargando con todo el esfuerzo adicional y el OTP no estaría incurriendo en ningún costo. Además, si el reporte de los OTP contiene menos suscriptores de los que efectivamente tienen, permitirles usar el supuesto diferencial para hacer promociones de CDF Premium les permitiría entregar esta señal a más abonados de los que efectivamente pagan a CDF.

de manera correcta y eficiente, el pacto al que nuestra representada llega con estos OTP supone un riesgo adicional, cual es que estén reportando menos suscriptores de los que realmente tienen, generando una diferencia artificial entre lo reportado y lo garantizado.

Extraña que la FNE cuestione las características acordadas que tienen que reunir las promociones realizadas ocupando este diferencial para dar un mínimo de protección a nuestra representada. Principalmente, debido a que esas características solo reflejan lo injusto que resultaría permitir a un OTP migrar los suscriptores de las señales premium de CDF a la categoría de promocionales con cargo a este diferencial, para que al término de la promoción el OTP no realice esfuerzo alguno por retenerlo ni captarlo nuevamente, causando una disminución de los suscriptores de las señales de nuestra representada.

Sobre este punto, vale la pena reiterar que son los OTP los encargados de realizar e implementar las promociones, por lo que la FNE no debería cuestionar a nuestra representada si estima insuficiente la actividad promocional que han realizado los OTP.¹¹⁶

2.4.4 Los OTP priorizan la venta de paquetes, cuyos precios son tan superiores a las señales de nuestra representada que quedan fuera de cualquier posible limitación contractual y, por ende, no se ha menoscabado la competencia aguas abajo

¿Qué tendría que hacer un OTP si quisiera expandir su base de suscriptores y crecer en el mercado?

Para la FNE, pareciera ser que la única y mejor alternativa disponible sería ofrecer CDF Premium y CDF HD, y no ofrecer paquetes de televisión o multiservicio de mayor calidad a mejores precios.

Esta retórica pregunta ilustra lo ilógico del planteamiento de la FNE, pues **insiste en estimar que la competencia aguas abajo se centra en el supuesto mercado intra-marca de señales específicas, como las de nuestra representada, en vez de**

¹¹⁶ Según la FNE indica, algunos cableoperadores que tienen la autorización para realizar estas promociones las han utilizado mensualmente en un promedio de entre 0,03% y 1,52% de sus abonados totales (Requerimiento, nota al pie 10), pero ello, de ser efectivo -lo que no nos consta- es atribuible a los OTP y no al actuar de nuestra representada.

comprender que esta competencia se desarrolla en el más amplio mercado inter-marca de los servicios de telecomunicaciones.

Son los OTP los que han decidido empaquetar los servicios premium a los básicos, e impedir a un suscriptor contratar solo CDF Premium o CDF HD si no contrata además una parrilla básica de servicios de televisión de pago o incluso otros servicios de telecomunicaciones.

La regulación contractual de las promociones y limitación de las ventas bajo costo acordada por los OTP y nuestra representada no impide promocionar servicios, individuales o paquetizados, cuyos precios sean superiores al precio mayorista de CDF Premium o CDF HD, respectivamente, y en que tales señales no sean calificadas como gratuitas, aun cuando en dicho paquete, la señal de CDF se venda bajo costo.

Una rápida mirada de los precios de los servicios de telecomunicaciones de los principales OTP plasmados en la Tabla 3 es una **buena muestra de la autonomía con que cuentan para estructurar sus paquetes, precios, ofertas y promociones, independientemente de las estipulaciones contractuales existentes, ya que todos los OTP ofrecen su paquete más barato de telecomunicaciones a un valor que por regla general al menos duplica al precio mayorista promedio a diciembre de 2020 de CDF HD, que corresponde a \$9.736 (IVA incluido):**

Tabla 3: Precios (IVA incluido) de paquetes ofrecidos por OTP				
OTP/Paquete	Televisión	TV + Telefonía	TV + Internet	Triple Pack
VTR	21.990	31.990	39.990	47.990
DIRECTV	26.810	N/A	N/A	N/A
Telefónica	22.990	N/A	38.990	43.990
Claro	21.990	31.990	34.990	39.990
Entel	20.990	23.990	33.990	37.990
GTD	27.990	N/A	53.490	57.990
Telsur	19.900	N/A	43.470	48.460
Tu Ves	17.990	N/A	N/A	N/A

Fuente: Páginas web de cada OTP¹¹⁷.

H. Tribunal, es desconcertante que la FNE alegue un supuesto impedimento creado por nuestra representada para la utilización de CDF Premium o CDF HD por parte de

¹¹⁷ Se incluye en la tabla el precio del paquete más barato disponible (excluyendo promociones) en cada OTP perteneciente a cada categoría.

los OTP como “gancho” o producto ancla para competir agresivamente y expandir su base de suscriptores¹¹⁸, siendo que estos últimos siempre han contado con un mecanismo para hacerlo a través de paquetes, sin afectar la reputación y percepción de las marcas y servicios de nuestra representada. Más aún cuando esta alternativa ha sido utilizada, sin que haya sido necesaria autorización alguna de CDF y pudiendo existir otros planes que hayan sido ofrecidos de forma similar que no fueron conocidos por nuestra representada, por al menos tres de los principales OTP para competir en el mercado inter-marca:

- DIRECTV, con su Plan Oro con Premium Flexible que permitía elegir sin costo adicional una señal premium a elección del consumidor, dentro de las cuales estaban las señales de CDF.
- VTR, que en Linares ofreció doble (internet y televisión) y triple (internet, televisión y telefonía) packs incluyendo a CDF HD sin costo adicional.
- Claro, con su Plan TV Pro HD Fútbol Cable, que incluye CDF HD sin costo adicional.

A través de esos y otros paquetes los OTP han competido fuertemente en el mercado aguas abajo, no apreciándose ninguna restricción, entorpecimiento ni inhibición derivada de las cláusulas contractuales aquí discutidas. Por el contrario, la participación de mercado de los OTP ha variado significativamente. A modo de ejemplo, DIRECTV incrementó su participación de mercado en el período en que mantuvo su Plan Oro con Premium Flexible.

Considerando todo lo anterior, la regulación contractual de las promociones es una excepción a la limitación de venta bajo costo, genera un marco común de entendimiento entre las partes involucradas para fomentar la realización de actividades promocionales y permite a CDF monitorear los suscriptores a sus señales y las inversiones que realiza en su producto.

En este sentido, CDF fomenta permanentemente la realización de promociones y no tiene la potestad ni capacidad de vetar las que realicen los OTP, los que además se han inclinado por ofrecer paquetes multiservicio cuyos precios son ampliamente superiores al precio mayorista de CDF Premium y CDF HD, en cuyo caso ninguna de estas restricciones aplica.

¹¹⁸ Ver, por ejemplo, Requerimiento, párrafos 19 y 25.

C. LAS CONDICIONES CONTRACTUALES ENTRE CDF Y LOS OTP AUMENTARON LA PENETRACIÓN, MEJORARON EL PRODUCTO ENTREGADO A LOS CONSUMIDORES Y REDUJERON LOS PRECIOS; TODOS EFECTOS FAVORABLES A LA LUZ DE LA LIBRE COMPETENCIA, POR ENDE, NO PUEDEN CONSTITUIR UN ABUSO DE DOMINANCIA

H. Tribunal, consideramos que la exposición clara, detallada y pormenorizada de las secciones anteriores da cuenta de las eficiencias derivadas de cada aspecto de los contratos celebrados por CDF con los OTP, las que no son anuladas ni superadas por los supuestos daños asociados a éste que la FNE imputa y que son inexistentes. Aun cuando esos daños fueran reales, los beneficios superan con creces esos riesgos y, en consecuencia, igualmente corresponderá rechazar el Requerimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, trataremos en conjunto sus inexistentes perjuicios con los efectos pro competitivos, reflejado en los contratos con los OTP, en especial debido a la total falta de consideración en el Requerimiento de las eficiencias presentadas, expuestas y acreditadas en la Investigación bajo el pretexto que “[s]i bien CDF ha aportado en la Investigación informes económicos con miras a tratar de explicar la racionalidad de cada una de sus prácticas, no ha entregado justificaciones sobre la existencia de esas prácticas en un contexto en donde todas y cada una de ellas son aplicadas e impuestas por CDF, produciendo y agravando, en los términos explicados, los efectos anticompetitivos que de ellas se derivan.”^{119 120}

1. La FNE debe acreditar los supuestos efectos anticompetitivos de las prácticas denunciadas

Como punto inicial, debemos plantear que **es improcedente que la FNE pretenda invertir la carga de la prueba, exigiendo a nuestra representada justificar su comportamiento, y acreditar su necesidad objetiva y las eficiencias que provienen de ellos**¹²¹

Esta pretensión de la FNE es una manifestación más de la falta de convicción en su propio caso, ya que no puede explicar en forma clara los supuestos efectos anticompetitivos de aquellas prácticas que, en su juicio, se agravan al ser aplicadas en conjunto.

¹¹⁹ Requerimiento, párrafo 84.

¹²⁰ Cabe destacar H. Tribunal, que al igual que en el Requerimiento, CDF sufrió durante la investigación de la falta de claridad y transparencia sobre las objeciones de la FNE.

¹²¹ Ver, por ejemplo, Requerimiento, párrafos 80-84.

Acorde a las normas reguladoras de la carga de la prueba y a los elementos del abuso de posición dominante, el Requerimiento debe ser rechazado si la FNE falla en probar los supuestos daños procedentes de las conductas que imputa, independientemente de la capacidad que tenga esta parte de acreditar eficiencias.

Ello, por cuanto no estamos en presencia de un ilícito “per se”, como se ha planteado respecto de los carteles.

2. Las condiciones contractuales acordadas entre CDF y los OTP generan tres principales eficiencias que cumplen todos los requisitos exigidos en sede de libre competencia

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, debe tenerse en cuenta que las eficiencias y beneficios derivados de cada práctica en particular, se mantienen o acrecientan al analizarse en conjunto.

Es insostenible que la FNE estime que “*la combinación de restricciones verticales tenderá a incrementar los efectos y/o riesgos anticompetitivos*”¹²², pero pretenda ignorar las eficiencias de cada práctica por el solo hecho de haberse supuestamente ejecutado en forma combinada.

Si esto último fuese aplicable en la especie, la FNE tendría que demostrar de qué manera las eficiencias provenientes de cada estipulación contractual son anuladas o restringidas por la aplicación o existencia de otras conductas. **Sobre este punto, la única explicación entregada por la FNE es contradicha por los antecedentes fácticos disponibles.**

- En primer lugar, la FNE afirma que los efectos pro competitivos de los mínimos garantizados, en particular el incentivo a la venta de las señales premium de CDF por parte de los OTP, es impedido por la regulación de las promociones y la limitación de venta bajo costo.¹²³

Sin perjuicio del reconocimiento expreso de la FNE sobre el efecto procompetitivo de los mínimos garantizados, debemos señalar que el supuesto efecto negativo de su aplicación conjunta con las otras cláusulas contractuales que invoca está completamente alejado de la realidad.

¹²² FNE, Guía para el Análisis de Restricciones Verticales de junio de 2014, p. 15. En el mismo sentido, Requerimiento, párrafo 72.

¹²³ Requerimiento, párrafos 24 y 78.

Tal como hemos expuesto, la penetración de las señales premium de CDF se ha elevado notoriamente desde 2006 y muy por sobre el crecimiento de la industria, lo que se puede apreciar en la siguiente Tabla:

Tabla 4: Crecimiento de suscriptores a TV Paga y a CDF Premium/HD				
AÑO	Total Abonados TV Paga	Índice TV Paga (2006=100)	Abonados CDF Premium/HD	Índice CDF Premium/HD (2006=100)
2006	1,026,667	100	105,813	100
2007	1,241,346	120.9	212,252	200.6
2008	1,461,490	142.4	359,874	340.1
2009	1,664,032	162.1	476,027	449.9
2010	1,928,694	187.9	525,182	496.3
2011	2,067,368	201.4	582,637	550.6
2012	2,159,979	210.4	632,403	597.7
2013	2,555,620	248.9	733,114	692.8
2014	2,809,981	273.7	845,742	799.3
2015	2,940,023	286.4	872,271	824.4
2016	3,050,347	297.1	892,750	843.7
2017	3,294,954	320.9	893,876	844.8
2018	3,329,543	324.3	853,559	806.7
2019	3,223,311	314	789,445	746.1
2020	3,237,650	315.4	626,056	591.7

Fuente: Elaboración propia en base a datos internos de CDF, reportes de OTP y estadísticas de Subtel¹²⁴.

Esto no solo demuestra que los mínimos garantizados han cumplido uno de sus propósitos, sino que éstos, junto con las demás cláusulas contractuales acordadas con los OTP, han producido una eficiencia significativa para el mercado, logrando que más consumidores accedan a las señales CDF Premium y HD.

- La segunda eficiencia incuestionable se relaciona con la mejoría sostenida en el tiempo de la calidad de las señales de CDF, tanto básica como premium.

Siendo una empresa dedicada a transmitir y distribuir espectáculos deportivos a la mayor cantidad posible de personas, la mejor demostración de esta mejoría es la

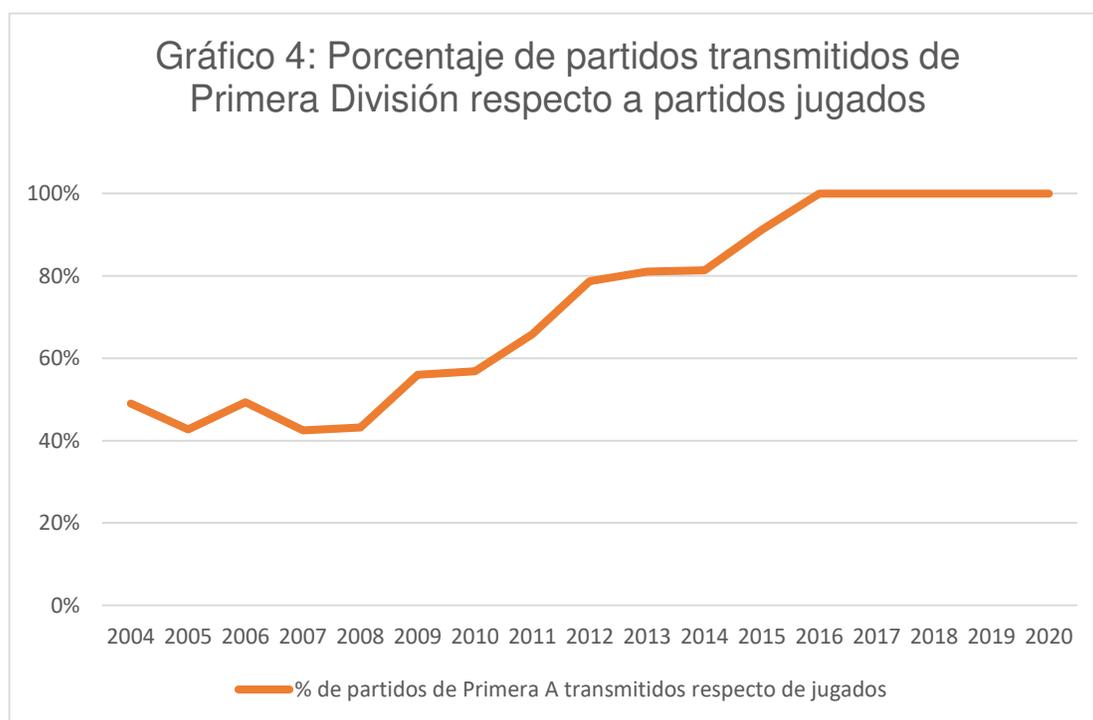
¹²⁴ Últimas estadísticas de Subtel llegan a septiembre de 2020, por lo que se consideran los suscriptores de CDF hasta ese mes de 2020. Para datos de Subtel, se considera cifra de último mes de cada año; y para datos de CDF se considera promedio anual. Para datos de CDF de 2006, sólo se considera período de julio a diciembre.

Los abonados totales a televisión de pago según las estadísticas de la Subtel reflejados en esta Tabla son superiores a los abonados a CDF Básico plasmados en la Tabla 2, porque algunos OTP que reportan a la Subtel no distribuyen las señales de CDF (por ejemplo, Mundo Pacífico) y debido a que algunos OTP reportan a la Subtel más abonados de los que informan a CDF como suscritos a CDF Básico.

diversificación de torneos y deportes disponibles, y el incremento de los partidos del CNFP transmitidos en sus señales.

CDF pasó de transmitir en vivo menos de 180 partidos de Primera División el año 2004, a transmitir en vivo desde 2010 más de 200 partidos por año con un *peak* en 2012 de 263¹²⁵.

Pero aún más relevante es que, como se puede apreciar en el Gráfico 4, CDF pasó de transmitir en el año 2004 cerca del 50% de los partidos jugados en cada fecha de Primera División a transmitir desde el año 2016 el 100% de los partidos jugados en la referida categoría.



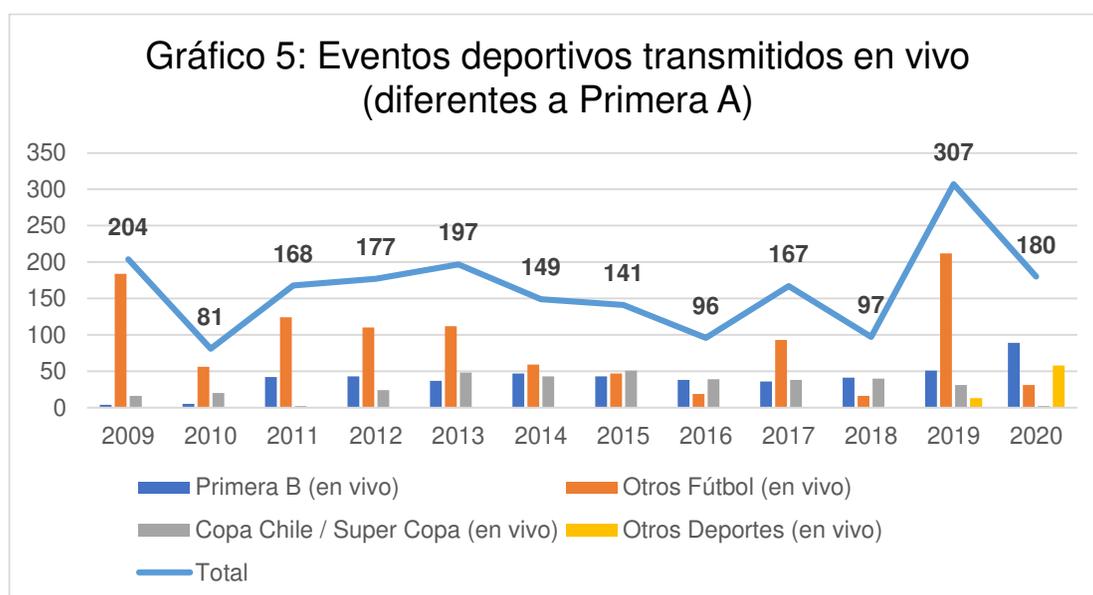
Fuente: Elaboración propia en base a datos internos de CDF.

Este aumento corresponde a pasar de transmitir no más de 4 partidos en promedio por fecha (normalmente jugados en 3 días de una semana) en 2009, a transmitir un máximo de 8 partidos en promedio por fecha. El esfuerzo económico y logístico de transmitir la totalidad de los partidos de cada fecha es considerable, mucho más que el doble de transmitir 4 partidos, ya que obliga a ir a todas las ciudades en que se jueguen partidos, incluyendo las regiones extremas de nuestro país, en vez de poder focalizarse en transmitir los partidos disputados en las regiones centrales. Tal

¹²⁵ Este peak correspondería a 2020, porque en el torneo correspondiente a este año se jugaron 292 partidos, pero 68 de esos partidos fueron jugados entre enero y febrero debido a la suspensión y postergación del CFNP causadas por la pandemia. Si se considera la Copa Chile y la Super Copa, este peak sería de 300 partidos transmitidos en 2015.

esfuerzo ha sido aún mayor con la reanudación del torneo durante la pandemia, porque para cumplir con los exigentes calendarios fue necesario jugar incluso más de una fecha por semana.

Por otro lado, hasta antes de 2009, CDF solo transmitió excepcionalmente competencias diferentes a la Primera División, como la FA Cup (fútbol inglés) en 2004; la Copa América, un partido de rugby y partidos esporádicos de Primera B, en 2007; y el campeonato de fútbol joven ANFP, y el torneo Rugby Seven de Viña del Mar, en 2008. Sin embargo, tal como se puede apreciar en el Gráfico 5, a contar de 2009¹²⁶ CDF ha diversificado y ampliado su oferta de eventos deportivos transmitidos en vivo, transmitiendo hasta más de 300 eventos deportivos en vivo en 2019 -precisamente el año en que el CNFP fue cancelado-.



Fuente: Elaboración propia en base a datos internos de CDF¹²⁷.

- La tercera eficiencia que la FNE tampoco puede controvertir corresponde a la disminución de los precios de las señales premium de CDF, puesto que, en el año 2006, gracias al lanzamiento del CDF Básico, CDF Premium pasó de \$8.990 a \$4.990 de la época, es decir, de \$14.367 a \$7.975 en precios actuales (todos con IVA incluido).

¹²⁶ La transmisión de 204 partidos en 2009 se explica principalmente por la transmisión de dos sudamericanos juveniles y las clasificatorias a Sudáfrica.

¹²⁷ La categoría "Otros fútbol (en vivo)" incluye amistosos, amistosos de Fútbol Femenino, Clasificatorias Sudáfrica, Clasificatorias Brasil, Clasificatorias Qatar, Copa América, Fútbol Sub 20, Fútbol Sub 17, Copa Libertadores Femenina, Mundial de Clubes, Fútbol Juvenil; mientras que "Otros deportes (vivo)" incluye Panamericanos Lima 2019, eSports, Rugby Seven y Boxeo.

Por otra parte, los precios mayoristas de ambas señales premium se han mantenido constantes, existiendo solo una modificación del precio de CDF Premium diferente al reajuste por IPC entre 2010 y 2011. De hecho, a nivel mayorista CDF Premium tiene un precio promedio de \$5.373, sin IVA, es decir, se sigue vendiendo, en términos reales, a un precio similar al correspondiente al contrato con Telefónica del año 2006: \$4.869 (sin IVA y reajustado por IPC¹²⁸). Por ende, dada la notoria mejoría del producto, el precio mayorista ajustado por la mejor calidad disponible ha bajado ostensiblemente desde 2006 a la fecha.

Tal es el impacto de mantener precios mayoristas bajos y estables, que los precios a público de las señales premium de CDF se han mantenido estables en el tiempo y son todavía menores, en términos reales, al valor existente antes de 2006. Así, a nivel minorista, el precio rebajado de CDF Premium logrado en 2006 con el lanzamiento de CDF Básico de \$7.975 es bastante equivalente al precio promedio cobrado por los OTP a diciembre de 2020, que según nuestra representada ha podido indagar, corresponde a \$8.203, siendo ambos muy inferiores al precio de \$14.367 existente previo a 2006 (todos con IVA incluido y reajustados por IPC, si correspondiese).

H. Tribunal, estas tres eficiencias demuestran con claridad lo beneficioso que han resultado para el mercado y los consumidores las condiciones comerciales acordadas con los OTP. Es una tríada virtuosa de mayor producción, mejores señales y menores precios difícilmente alcanzable incluso bajo los más exigentes supuestos de competencia perfecta, que además permite generar mayores recursos para que los clubes de fútbol realicen las inversiones que estimen pertinentes.

- Finalmente, una cuarta eficiencia consiste en que se ha permitido distribuir las señales de CDF a través de todos los OTP, a diferencia de otros países y el modelo anterior a CDF donde la transmisión del fútbol nacional es realizada exclusivamente por un solo OTP.

En nuestra opinión, estos beneficios superan ampliamente los hipotéticos e irreales riesgos detectados por la FNE y, por ende, por sí mismos justifican rechazar la alegación de la FNE y, en definitiva, rechazar el Requerimiento.

En cualquier caso, desde ya podemos adelantar que estas notables eficiencias y beneficios derivadas de las prácticas comerciales acordadas contractualmente con

¹²⁸ La corrección en base al IPC se realizó entre el 01 de enero de 2007 (período posterior al que se comenzó a vender CDF Premium a Telefónica a ese precio) y el 01 de enero de 2021.

los OTP cumplen con todos los requisitos que suele exigirse en sede de libre competencia.¹²⁹

2.1. Son veraces

Sin perjuicio que la FNE está lejos de cumplir su carga de la prueba y, por tanto, esta parte todavía no está obligada a acreditar eficiencia alguna, en esta presentación ya puede apreciarse lo efectivas y comprobables que son los efectos positivos invocados.

2.2. Superan con creces los supuestos, pero inexistentes, riesgos de las prácticas cuestionadas

Como se desarrollará en detalle en la siguiente sección, los riesgos identificados por la FNE son meras conjeturas, que no tienen asidero alguno en los antecedentes y dinámica de la industria.

Asimismo, estos riesgos ni siquiera se han materializado en 14 años y, por ende, es forzoso concluir que las eficiencias expuestas son un contrapeso más que suficiente para esa supuesta potencialidad anticompetitiva. Por lo mismo, la generación de estas eficiencias y beneficios sirve de justificación más que suficiente para la conducta imputada.

2.3. Es indispensable alcanzarlas a través de estas cláusulas contractuales, convenidas en el contexto de arduas negociaciones con los OTP

En efecto, como muchas empresas, CDF enfrenta presión de sus competidores, proveedores y clientes y, en general, del mercado. Por ello, debe ajustar y acomodar sus decisiones y estrategias comerciales según la postura de sus contrapartes.

En particular, las modificaciones que CDF ha deseado implementar en su modelo de negocios, para hacerlo más eficiente, rentable y socialmente positivo, han dependido de las exigencias y necesidades de sus clientes, los OTP, muchos de los cuales son

¹²⁹ FNE, Guía para el Análisis de Restricciones Verticales de junio de 2014, pp. 20-22. Al tratar este aspecto en el Requerimiento, extraña que la FNE decida apartarse de sus propias directrices, optando por seguir un caso de la Unión Europea (Post Danmark a/S v. Konkurrenceradet), agregando un requisito más, este es, que “las conductas no eliminen una efectiva competencia en el mercado”. Requerimiento, párrafo 82 y nota 57. De cualquier forma, es evidente que el comportamiento de CDF no elimina la competencia en el mercado.

grandes empresas nacionales o globales a los cuales es imposible imponer términos o condiciones comerciales o contractuales.

Así las cosas, los contratos celebrados representan la única alternativa realmente disponible para alcanzar estas eficiencias, en tanto otras hipotéticas opciones no satisfacían las demandas de sus clientes ni la evolución de las necesidades de los consumidores.

Adicionalmente, la forma de licenciar los derechos por la que optó la ANFP, pasando del licenciamiento exclusivo a un OTP a entregar los derechos a CDF, supuso pasar de una competencia por la cancha *ex ante* a una competencia en la cancha en que todos los OTP pueden ofrecer a sus abonados los partidos del CNFP.

3. No son efectivos los riesgos que la FNE asocia a los contratos de CDF, en especial considerando que no se han verificado daños a la competencia en más de 14 años

En el Requerimiento, la FNE plasma su teoría de los efectos y riesgos anticompetitivos de la siguiente forma:

72. Las prácticas comerciales objeto de este requerimiento han producido o tendido a producir efectos contrarios a la libre competencia en los términos exigidos por el DL 211. Es relevante hacer presente, H. Tribunal, que, si bien cada una de las prácticas comerciales tiene efectos anticompetitivos propios, la completa extensión de la gravedad de las prácticas de la Requerida deben evaluarse a la luz del establecimiento e imposición de las otras⁵².

73. Como se ha expresado, los efectos y riesgos anticompetitivos detectados por esta Fiscalía son los siguientes: (i) la inhibición de la competencia *intra marca* en el mercado *aguas abajo* de la distribución minorista de las señales CDF Premium y CDF HD; y, (ii) la extracción de rentas en toda la base de clientes de los cableoperadores, mediante el apalancamiento del poder monopólico que detenta la Requerida, hacia la distribución minorista de señales básicas.

El intrincado constructo confeccionado por la FNE para intentar atribuir efectos anticompetitivos a ciertas prácticas que componen el modelo de negocios de nuestra representada tiene dos falencias fundamentales.

- En primer lugar, pretende cumplir con su carga de la prueba alegando solamente una tendencia a producir efectos contrarios a la libre competencia, es decir, meramente enunciando riesgos.
- En segundo lugar, porque invoca dos tipos de riesgos anticompetitivos de compleja materialización, que carecen de sentido en atención a los antecedentes recopilados en su Investigación.

3.1. Tratándose de condiciones contractuales que supuestamente han perdurado por más de 14 años, la FNE debiese estar obligada a probar un entorpecimiento o restricción efectiva de la competencia, y no una tendencia a causar dichos efectos

Reconocido es que el artículo 3 del DL 211 contiene una descripción amplia de hechos, actos o convenciones que pueden dañar la libre competencia. Dentro de esa amplitud se encuentra la inclusión de los hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o los que tienden a producir dichos efectos.

No obstante ello, esa amplitud no puede ni debe ser utilizada en forma instrumental y caprichosa por los litigantes, menos por la FNE. Y qué más instrumental que emplear la redacción disyuntiva del artículo 3 después de una investigación de más de tres años al acusar como anticompetitivo el conjunto de prácticas contractuales que se han aplicado por un período de 14 años¹³⁰:

Cada una de las prácticas anticompetitivas acusadas se han venido implementando de forma paulatina y ejecutando de manera permanente, desde la creación de la señal CDF Premium, el año 2006, hasta la fecha, restringiendo o entorpeciendo la libre competencia o, a lo menos, tendiendo a producir tales efectos.

Si la aplicación de determinadas prácticas acordadas contractualmente efectivamente pudiese restringir o entorpecer la libre competencia, la FNE está obligada a acreditar tales consecuencias de manera efectiva y no acudir a la potencialidad de causar estos efectos en forma abstracta o a tratarlos en términos de “riesgos”¹³¹ propios de operaciones de concentración o actos futuros que no se han materializado.

¹³⁰ Nótese que, además, este párrafo del Requerimiento induce a error, en tanto CDF Básico fue creado en 2006, mientras que la “Señal CDF” fue creada en 2003, renombrándose como CDF Premium en 2006.

¹³¹ Ver, por ejemplo, Requerimiento, párrafos 72, 73 y 90.

Más teniendo en consideración que la FNE cuestiona 14 años de funcionamiento de nuestra representada, existiendo multiplicidad de antecedentes y datos disponibles en el expediente de investigación para realizar los análisis y evaluaciones que sean pertinentes, en vez de quedarse en la mera identificación de efectos potenciales o meros riesgos.

Lo anterior es particularmente grave, considerando que **la FNE ni siquiera da cuenta de la inminencia en la concreción de los supuestos potenciales efectos anticompetitivos de las conductas que señala como ilícitas**, cuestión que ha sido exigida por este H. Tribunal, el que ha resuelto: *“Vigésimo cuarto. Que, al respecto, es preciso recordar que, según el artículo 3º, inciso primero, del Decreto Ley N° 211, son constitutivas de infracción a la libre competencia no sólo aquellas conductas que actualmente impiden, restringen o entorpecen ésta, sino también aquellas que tienden a producir tales efectos anticompetitivos. En este contexto, las conductas denunciadas por la FNE, en lo relativo a futuras tomas de control de competidores, **serían constitutivas de infracciones con efectos anticompetitivos que, de ser inminentes, habrían de ser prevenidos, en vez de esperar a que se produzcan para corregirlos o sancionarlos.**”¹³²*

Dado que la FNE no podrá acreditar efectos negativos reales, la conclusión ineludible será que CDF no ha entorpecido ni restringido la competencia, y tampoco ha tendido a causar dichos efectos con cierto grado de inminencia. Si no se han producido efectos contrarios a la libre competencia en todos estos años entonces quiere decir que tampoco existe potencialidad o capacidad de causarlos.

Este H. Tribunal comprenderá lo absurdo que resulta plantear que una conducta supuestamente desarrollada por 14 años *tiende* a provocar efectos anticompetitivos. Si en ese extenso período de tiempo la FNE no pudo encontrar y probar efectos de este tipo concretos, es que éstos no se pueden producir ni tender a producirse.

¹³² Sentencia N° 65/2008, dictada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con fecha 8 de mayo de 2008. Énfasis agregado.

3.2. Los riesgos que atribuye la FNE no se condicen con los antecedentes disponibles y, por tanto, debe concluirse que no se han materializado

3.2.1 Dadas las características de los paquetes multiservicios y la dinámica de la industria, el comportamiento de CDF no tiene capacidad de inhibir la competencia entre los OTP

En primer lugar, la FNE imputa una supuesta inhibición de la competencia intra-marca aguas abajo, porque los OTP no tendrían plena libertad para competir por los suscriptores en virtud de una supuesta aplicación de las cláusulas de limitación de venta bajo costo y regulación de las promociones. Esta afirmación no se condice con el comportamiento de nuestra representada, con el actuar y estrategia de los OTP ni con la dinámica de la industria.

La persistencia del problema del esfuerzo subóptimo de los OTP para vender las señales premium de CDF se explica básicamente por dos motivos.

Primero, debido a que los OTP típicamente tienen interés en vender productos o servicios alternativos (como paquetes de canales, telefonía o internet) con un mayor nivel de margen, sin considerar los beneficios para CDF o para los consumidores que resultan de una repartición diferente de sus esfuerzos de venta.

Segundo, porque en las escasas ocasiones en que los OTP están interesados en vender las señales premium de CDF en forma individual, lo hacen únicamente respecto de abonados existentes a servicios de televisión de pago o packs multiservicios cuando consideran cambiarse de proveedor, es decir, son acciones de retención apuntadas a clientes específicos.

Así, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos, la supuesta competencia intra-marca por las señales premium de CDF no puede analizarse en forma aislada de la competencia inter-marca entre los OTP por servicios de televisión de pago y/o paquetes de telecomunicaciones.

Esto resalta la dinámica fundamental de la industria, ignorada por la FNE, cual es que el foco de la competencia entre los OTP es la venta de *packs* multiservicios, o al menos paquetes de servicios de televisión.

Las señales premium de CDF representan un elemento más de muchos disponibles para armar los ofrecimientos que los OTP estimen pertinente. Por ende, en los hechos, no hay ninguna restricción ni regla contractual que afecte los precios de los servicios de telecomunicaciones de los OTP, por tener un precio muy superior al costo mayorista de CDF Premium y HD, por lo que los OTP que lo desean podrían realizar estrategias del tipo *loss leading* como las que alude la FNE.¹³³

Existiendo esa competencia por paquetes, y la posibilidad cierta de incluir dentro de ellos a CDF Premium y HD, tal como han hecho DIRECTV, VTR y Claro, es absurdo pensar “*que, en los hechos, pudiera llegar a producirse una especie de asignación exclusiva de clientes por parte del CDF.*”¹³⁴

Si aguas abajo existiese tamaña falta de movilidad y cautividad de los consumidores, eso no es atribuible al comportamiento de nuestra representada, sino a las características técnicas y comerciales de esta industria, fundamentalmente los costos de cambio y búsqueda que enfrentan los consumidores, y la pérdida de descuentos multiproducto.

Con todo, **la potencial cautividad reseñada por la FNE que le atribuye a CDF es desmentida por los datos de la industria.** Por ejemplo, porque como ya se indicó, el nivel de rotación o *churn* de los suscriptores de televisión de paga de los OTP es alto.

Con la misma lógica, desde 2006 a la fecha la industria ha sufrido drásticas transformaciones, ingresando nuevas empresas como Telefónica, Claro y, más recientemente, Mundo Pacífico. E incluso el desempeño y (de)crecimiento de los OTP fluctúa de manera significativa en tiempos recientes: VTR ha caído en participación de mercado, pero mantenido sus suscriptores; Claro y Telefónica han reducido tanto su participación como su cantidad de abonados; y DIRECTV, Entel, GTD y Mundo Pacífico han ido al alza, en términos de participación y suscriptores¹³⁵.

Estos antecedentes muestran en forma patente que el comportamiento de nuestra representada no tiene la capacidad de inhibir la competencia intra-marca. Por el contrario, en los últimos años se ha fortalecido en cierta medida la competencia inter-marca entre los OTP, la que es determinante en el rumbo de la competencia intra-marca que puede existir en esta industria.

¹³³ Requerimiento, párrafos 25 y 77.

¹³⁴ Requerimiento, párrafo 76.

¹³⁵ Todo de acuerdo a las estadísticas de la Subtel.

La inexistencia de esta supuesta inhibición de la competencia determina, además, que no hay efectos perniciosos de la limitación de venta bajo costo y de la regulación de las promociones que puedan agravarse en atención a la existencia de otras cláusulas cuestionadas por la FNE.

Y es aún más evidente que los mínimos garantizados no pueden menoscabar la libre competencia, debido a que no tienen efectos negativos considerados individualmente ni en conjunto con las demás prácticas objeto del Requerimiento; y que, como la misma FNE reconoce, tienen el potencial de favorecer la competitividad en los mercados.

3.2.2 La FNE acude a una confusa teoría de apalancamiento, ventas atadas y extracción de rentas, sin sustento jurisprudencial ni correlato en su Guía de Restricciones Verticales, siendo que no existe efecto anticompetitivo alguno

Respecto de la supuesta extracción de rentas, la FNE señala que “CDF al imponer la contratación y distribución de CDF Básico respecto de todos sus abonados, ha apalancado su posición monopólica sobre la distribución minorista de señales básicas. Dicha señal es de escaso valor y su precio es cobrado a los cableoperadores, incluso abarcando aquellos clientes que no están interesados en las señales de CDF.”¹³⁶

Según se ha expuesto, y como lo hemos desarrollado en esta presentación, tal aseveración contiene múltiples imprecisiones, omisiones y errores:

- CDF no es un monopolio y enfrenta clientes de gran tamaño;
- Nuestra representada no impone cláusulas contractuales a sus clientes y, en particular, CDF Básico surgió con el ingreso al mercado de Telefónica, a instancias de esta misma OTP;
- CDF Básico no es una señal de bajo valor: tiene un rating, contenido y atractivo relevantes;
- Debido a la estructura de la industria y cómo los OTP han decidido estructurar sus servicios, la mayoría de los canales básicos son incluidos en la parrilla básica de televisión y distribuidos a todos los suscriptores. Esto no depende de nuestra representada ni es una característica específica de ella y sus servicios; y

¹³⁶ Requerimiento, párrafo 79.

- En ningún momento la FNE explica cómo ocurriría este hipotético apalancamiento dadas las características de la industria y en qué supuestos se basaría este mecanismo de daño, mucho menos cómo se traduciría en una afectación del bienestar de los consumidores.

En este sentido, si la FNE está cuestionando el costo (precio mayorista) de CDF Básico¹³⁷ y su eventual impacto en el precio de la grilla básica¹³⁸, cabe preguntarse, por un lado, si conforme a la jurisprudencia y práctica chilena sería procedente sancionar las ventas atadas por un riesgo explotativo.

Dadas las circunstancias del caso, creemos firmemente que la respuesta a esa interrogante debe ser negativa¹³⁹.

Más concretamente, dos cuestiones son problemáticas respecto de esta **subrepticia acusación de precios excesivos**.

Por un lado, que la FNE realiza análisis basados en antecedentes que esta parte no ha visto (y probablemente no podrá ver) comparando una sola señal de CDF -CDF Básico- con grupos de 11, 20 y hasta 25 canales de otros proveedores,¹⁴⁰ impidiendo a esta parte refutarlos utilizando sus propios datos.

Por otro lado, si los OTP y la FNE estiman costosa la señal CDF Básico dado su contenido, surgen tres escenarios posibles:

- Uno, agregar la transmisión en vivo de más partidos atractivos, por ejemplo, los de la Primera División. No obstante, ello fue prohibido históricamente por varios OTP por medio de condiciones contractuales, persistiendo esta restricción todavía en algunos contratos.
- Dos, dejar de vender CDF Básico (o impedir su venta relacionada a las señales premium de CDF), pese a tener una audiencia relevante, retrotrayendo el esquema a lo existente previo al 2006 y causando un alza en el precio de las señales premium, y disminuyendo el contenido disponible para la totalidad de suscriptores de televisión de pago.

¹³⁷ Requerimiento, párrafo 34 y tabla 2.

¹³⁸ Requerimiento, párrafo 25 y 33.

¹³⁹ En línea con esta conclusión, véase por ejemplo CRANE, Daniel, Tying and Consumer Harm, 2012, analizando la decisión del Noveno Circuito de Estados Unidos en el caso Brantley v. Universal, Inc. (675 F.3d 1192 (9th Cir. 2012)).

¹⁴⁰ Requerimiento, tabla 2.

- Tres, que el OTP respectivo acuda a un arbitraje *baseball* en base a las medidas de mitigación que rigen el actuar de CDF, lo que no ha ocurrido a la fecha.

En términos económicos, la estrategia usada por CDF también sirve para distribuir los costos y precios entre más, beneficiándolos en la medida en que aumente la producción, tal como ocurre consistentemente con las señales de CDF desde 2006.

Por eso, prohibir la venta conjunta en este contexto disminuiría el número de señales a los cuales tendrían acceso los clientes finales, ya sea porque los OTP dejarían de distribuir CDF Básico, dejarían de vender las señales premium si suben sus precios mayoristas o los propios consumidores dejarían de suscribirse a estas últimas si los OTP suben su precio a público como consecuencia del aumento en el precio mayorista. En este sentido, tal prohibición sería claramente perjudicial para el bienestar de los consumidores.

A mayor abundamiento, es pertinente referirnos a la Guía de Restricciones Verticales de la FNE, la que *“tiene [por] finalidad explicitar los lineamientos generales que utiliza internamente este Servicio al analizar las restricciones verticales y su posible disconformidad con la legislación de libre competencia” para “contribuir a brindar mayor certeza a los agentes económicos y a la comunidad en general.”*¹⁴¹

Una rápida lectura de este documento permite concluir fácilmente que una teoría de extracción de rentas y explotación fundada en ventas atadas y apalancamiento está completamente descartada, siendo el alcanzar una posición de dominio en un mercado aledaño la única preocupación asociada al apalancamiento¹⁴², es decir, problemas de naturaleza exclusoria no alegados en este caso.

Por ende, difícilmente puede lograrse esa finalidad de mayor certeza si la FNE construye teorías basadas en daños no previstos en su Guía.

Tratándose sólo de restricciones verticales, la ausencia de orientación es relevante, puesto que no se le debiese reprochar a nuestra representada el haber incurrido en un comportamiento beneficioso que genera eficiencias, por supuestos riesgos no materializados ni siquiera descritos en las directrices de la autoridad a este respecto.

¹⁴¹ FNE, Guía para el Análisis de las Restricciones Verticales de junio de 2014, p. 1.

¹⁴² FNE, Guía para el Análisis de las Restricciones Verticales de junio de 2014, p. 12.

VII. TAMPOCO CONCORRE EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO INFRACCIONAL - NO EXISTE CULPABILIDAD PUESTO QUE CDF ACTUÓ ASUMIENDO LA LEGITIMIDAD Y LICITUD DE SU CONDUCTA EN BASE A LAS INVESTIGACIONES DE LA FNE Y TAMPOCO HA IMPUESTO CLÁUSULAS CONTRACTUALES CON OBJETIVOS ANTICOMPETITIVOS A LOS OTP

Además de no concurrir los elementos objetivos del tipo anticompetitivo del artículo 3 inciso primero del DL 211 y su variante del literal b), como se ha explicado latamente, **tampoco concurre el necesario elemento subjetivo del tipo infraccional.**

En efecto, no se puede atribuir culpabilidad a CDF, en los términos en que la Excm. Corte Suprema ha definido este concepto:

“d.- Culpabilidad. El factor de imputación en la conducta de la requerida debe ser establecido en relación con el hecho que se persigue y por el cual se condena. La culpabilidad es el reproche normativo que se hace a una persona porque ésta debió haber actuado de modo distinto a como lo hizo. En materia de sanciones por infracciones administrativas puede decirse que la culpabilidad es la relación psicológica de causalidad entre la acción imputable y la infracción de disposiciones administrativas.”¹⁴³

Tratándose de ilícitos de abuso de dominancia, queda especialmente claro en la letra b) del artículo 3° del DL 211, que establece que infringe la libre competencia “*la explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes”¹⁴⁴ la necesidad de que concurra un elemento subjetivo, la necesidad de intencionalidad del agente en su actuar. Es de la naturaleza del término “abuso” la existencia de una intencionalidad para “usar mal”.*

En el mismo sentido, DOMINGO VALDÉS ha señalado “*Una interpretación sistemática fuerza a extender la exigencia de finalidad del mencionado artículo 3°, letras a) y c), al tipo universal antimonopólico contenido en el artículo tercero, inciso primero, del Decreto Ley 211. (...) En efecto, la finalidad exigida presupone voluntariedad en la conducta: por tanto, **la sanción se estructura sobre la base de la responsabilidad subjetiva.**”¹⁴⁵*

¹⁴³ Sentencia Excm. Corte Suprema de fecha 7 de septiembre de 2012, Ingreso Corte N° 2578-2012, c 74.IV.d). Énfasis agregado.

¹⁴⁴ Énfasis agregado.

¹⁴⁵ Domingo Valdés, “Libre Competencia y Monopolio” (2006), p. 306. Énfasis agregado.

Dicho elemento subjetivo o intencionalidad está completamente ausente en este caso, ya que:

- CDF ha actuado bajo la confianza legítima de que las cláusulas contenidas en los contratos con los OTP se ajustan a derecho y no infringen el DL 211, ya que la FNE las revisó en, al menos, tres investigaciones previas. Siendo aplicable al efecto el artículo 32 del DL 211;¹⁴⁶ y
- CDF ha acordado las cláusulas contractuales que han permitido las negociaciones con los OTP, jamás ha impuesto ninguna práctica comercial, muy al contrario. Estas estipulaciones han remediado de alguna forma las asimetrías de información, lograron reducir y luego mantener, en términos reales, el precio minorista al que acceden los consumidores, incluso cuando se ha incrementado la calidad del producto y aumentado la inversión de nuestra representada.

A. LA ACTUACIÓN DE CDF NO AMERITA LA IMPOSICIÓN DE UNA MULTA – ESTA PARTE ACTUÓ BAJO LA CONFIANZA LEGÍTIMA DE QUE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES QUE AHORA LA FNE IMPUTA COMO SUPUESTAMENTE ANTICOMPETITIVAS SE AJUSTABAN A DERECHO. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 32 DEL DL 211

CDF ha actuado en todo momento conforme a la más absoluta buena fe, dirigiendo sus actuaciones con el **convencimiento de estar cumpliendo la normativa de libre competencia**, ya que sus actividades, modelo de negocio y contratos con los OTP han sido revisados en variadas ocasiones por la FNE, sin que se le hubiese formulado reproche.

En este sentido, no se le puede exigir haber actuado de otro modo ni reprendérsele por sus conductas, pues su comportamiento fue validado y realizado conforme a los lineamientos derivados de la revisión de la FNE y, en términos más amplios, sin contravenir el DL 211. Hacerlo supondría vulnerar el principio de culpabilidad y, simultáneamente, el de confianza legítima.

De un modo similar ha fallado este H. Tribunal, cuando en la Sentencia N°115/2011 resolvió que la compañía Chiletabacos actuó bajo la confianza legítima de que su actuar no infringía el DL 211, por lo que su proceder no ameritaba la imposición de

¹⁴⁶ Tal como se analizó en detalle anteriormente.

una multa, precisamente, porque la conducta reprochada contaba con el beneplácito previo de la FNE, tal como ocurre en la especie. Por su relevancia transcribimos la parte pertinente:

“Sexagésimo tercero: Que, sin perjuicio de lo anterior, para este Tribunal resulta relevante a la hora de determinar la magnitud de la negligencia que incide la determinación de la responsabilidad infraccional de CCT por haber suscrito los convenios de los que se trata, que dicha empresa presentó para la aprobación previa por parte de la Fiscalía Nacional Económica el borrador de los mismos, y que su contenido no fue objetado por dicho servicio público, por cuanto de su solo tenor literal éste no pudo ni podría haber apreciado sus posibles efectos contrarios a la libre competencia. En consecuencia, **el beneplácito de la autoridad persecutora en materia de defensa de la competencia al borrador de los contratos en cuestión pudo, con una alta probabilidad, haber contribuido a generar en la denunciada una confianza legítima respecto de que tales convenciones se ajustaban a derecho y que, por tanto, no podían ser consideradas, en sí mismas, como infracciones al D.L. N° 211, lo que fortalecería, en principio, la presunción de buena fe de su actuación;**”

“Sexagésimo séptimo: Que asimismo, y atendido lo expuesto en las consideraciones sexagésimo tercera a sexagésimo quinta, estos sentenciadores consideran que la negligencia de Chiletabacos no es de una entidad tal que amerite la imposición de una multa a beneficio fiscal pero si la adopción de las medidas que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3°, inciso primero, parte final del D.L. N° 211, se impondrán a CCT, en la parte dispositiva del fallo.”¹⁴⁷

A continuación, una breve descripción de las ocasiones en que la FNE ha revisado las actuaciones y, fundamentalmente, las cláusulas contractuales que CDF ha acordado con los OTP:¹⁴⁸

1. **La investigación instruida en el año 2009 y archivada en 2010 recalcó la relevancia para CDF de contar con información fidedigna de los suscriptores de sus clientes**

Como señalamos anteriormente, nuestra representada fue objeto de una investigación a raíz de una denuncia efectuada por la empresa P&P, la que denunció que CDF no le renovó el contrato de suministro que hasta dicha fecha vinculaba a las partes.

En el marco de esta investigación, la FNE tomó conocimiento de la forma en que nuestra representada ofrecía sus señales a los OTP, donde ya estaban incluidas todas las cláusulas contractuales que 11 años después reprocha. Sin embargo, en

¹⁴⁷ Sentencia TDLC N° 155/2011 de fecha 17 de noviembre de 2011, c. 63 y 67. Énfasis agregado.

¹⁴⁸ Ver también lo señalado en el capítulo IV.

dicha oportunidad, la FNE decidió cerrar la investigación cursada contra CDF mediante resolución de fecha 27 de enero de 2010, considerando al efecto que no existían antecedentes para determinar que nuestra representada hubiese incurrido en infracciones al DL 211.

Consideramos que lo anterior constituye una primera e incipiente validación del desenvolvimiento de CDF en el mercado, confirmada por las dos investigaciones posteriores. En efecto, el haber sido escrutado su actuar por la autoridad hizo a nuestra representada considerar, de buena fe, que éste se apegaba a las normas de libre competencia.

2. **La denuncia archivada por la División Antimonopolios de la FNE en 2015 conlleva una declaración de conformidad de la conducta de CDF con el DL 211**

Según se ha explicado, la misma División Antimonopolios que desarrolló la Investigación que concluyó con el Requerimiento realizó, entre 2014 y 2015, otra indagatoria en contra de CDF. Este procedimiento, enfocado en la supuesta venta atada de CDF Premium y CDF HD, **terminó, tras la revisión de las actividades comerciales y los contratos de nuestra representada, con un correcto archivo de los antecedentes.**

De esta forma, nuestra representada, con plena razón, entendió que sus acciones previas a 2015 no eran contrarias al DL 211, pues habiendo sido evaluadas en detalle por la autoridad respectiva, no hubo motivo para proceder con un requerimiento o consulta. Es decir, el archivo de este procedimiento supone una declaración de la FNE, por medio de su División Antimonopolios, validando las prácticas y cláusulas contractuales que ha aplicado CDF y, por ende, reconociendo su pleno alineamiento con las disposiciones del DL 211.

En consecuencia, respecto de todas aquellas cláusulas contractuales que surgieron antes de este procedimiento, la FNE ni siquiera debiese estar facultada para formular el Requerimiento. Desconocer lo obrado y analizado previamente supone infringir gravemente el principio de confianza legítima que debe regir el obrar de la administración pública, de sus autoridades y sus organismos.

3. **La División de Fusiones revisó en detalle el funcionamiento de CDF y las cláusulas contractuales objeto del Requerimiento y validó su actuar futuro siempre que se ciña a las medidas de mitigación**

En materia de control de operaciones de concentración y otros actos sometidos a control de las autoridades de libre competencia, **el principio de confianza legítima encuentra una especificación en el artículo 32 del DL 211**, que consagra la figura de la inmunidad en sede de libre competencia.

Este artículo positiviza la prohibición de hacer responsable a quién ha actuado siguiendo y obedeciendo las decisiones tanto de la FNE como de este H. Tribunal, sólo permitiendo una potencial sanción cuando, posteriormente, en base a nuevos antecedentes, los actos sean calificados como contrarios a la libre competencia y sólo por aquellos actos llevados a cabo con posterioridad a dicha calificación. Si se sanciona a quien acata estas decisiones y actúa conforme a ellas, ciertamente se vulneraría esta disposición del DL 211 y, en términos más amplios, el principio de confianza legítima.

En lo que respecta a CDF, la División de Fusiones revisó y evaluó los montos involucrados en la transacción, las obligaciones de CDF y Turner derivadas de la licencia otorgada por la ANFP y, muy importantemente, el contenido y características de los contratos suscritos con los OTP.

Sobre esto último, **la propia FNE negoció y aceptó las medidas de mitigación ofrecidas por Turner**, todas las cuales suponían que CDF podría mantener el cobro de tarifas mediante los mínimos garantizados y seguir empaquetando sus tres señales que fueron definidas como un solo producto denominado “Producto CDF”:

“Producto CDF: El grupo de todos los Canales de Programación de los Proveedores de Canales de TILA que surgen a partir de los Derechos de Transmisión definidos precedentemente, que son licenciados a los Operadores de Televisión de Pago y que son distribuidos en la actualidad por estos últimos a los consumidores en Chile, y que transmiten partidos de los Torneos de Fútbol Profesional Chileno (según se define a continuación) y de las Copas de Fútbol Chileno, y cualquier otro que pueda reemplazarlos (mediante cambio de marca o cualquier otro mecanismo de sustitución) o incorporarse a ellos en el futuro. Actualmente, el Producto CDF corresponde a: CDF Básico, CDF Premium y CDF HD (...).”¹⁴⁹

¹⁴⁹ Investigación de División de Fusiones Rol FNE F116-18, Informe de Aprobación, p. 67 (Anexo Medidas de Mitigación, definición k)).

H. Tribunal, entendemos conceptualmente y en abstracto los roles de cada División de la FNE y la separación de sus funciones. Comprendemos también el propósito de evitar que la División de Fusiones busque mejorar el mercado instrumentalizando el control de operaciones de concentración. Pero cuando se trata de básicamente las mismas conductas analizadas por diferentes Divisiones, resulta difícil de aceptar la formal compartimentalización que intenta la FNE entre las Divisiones Antimonopolios y Litigios, por un lado, y Fusiones por otro. Más aún cuando se trata de un negocio que está en funcionamiento, siguiendo los lineamientos y exigencias de la División de Fusiones de la FNE y de las medidas de mitigación ofrecidas en este contexto.

Por ello, hay buenas razones para reconocer la aplicabilidad de la inmunidad prevista en el artículo 32 DL 211. En tal inmunidad serían subsumibles todos los actos o contratos ejecutados por CDF con posterioridad al cierre de la operación aprobada - 20 de diciembre de 2018- cumpliendo con las medidas de mitigación. Debido al irrestricto y absoluto respeto por las medidas de mitigación que ha mostrado CDF, cuestión que ha acreditado reiteradamente ante la División de Fusiones y la Unidad de Fiscalización, lo anterior llevaría a concluir que ninguna conducta de CDF posterior al cierre de esta operación podría acarrearle responsabilidad antimonopólica.

Incluso si se descartase la aplicación del artículo 32 del DL 211 y se concluyese que la FNE no está precluida de perseguir las conductas objeto del Requerimiento por haber sido investigadas con antelación, el principio de confianza legítima y de culpabilidad exigirían que se rechace el Requerimiento en su totalidad, porque CDF actuó bajo el convencimiento de que la continuada legitimidad de sus contratos, que vienen de antigua data, provenía, exactamente, de haber sido analizados por la FNE.

Como es lógico, en base a tal confianza, CDF se representó y asumió que sus contratos y las cláusulas que los componen, acordadas con los OTP a partir de 2006 y profundamente analizadas por la FNE, no podían perjudicar la libre competencia ni contravenir el DL 211, es decir, no constituían un problema de competencia.

B. NO PUEDE EXISTIR CULPA O DOLO EN EL ACTUAR DE CDF SI ESTE NO HA IMPUESTO A LOS OTP NINGUNA ESTIPULACIÓN CONTRACTUAL CON INTENCIONALIDAD ANTICOMPETITIVA

Por otro lado, tampoco concurre el elemento subjetivo del tipo infraccional, ya que CDF no le ha impuesto a ningún OTP ninguna estipulación contractual. No ha existido ninguna “*explotación abusiva*” de su supuesto poder de mercado, ya que su actuar se

ha limitado a la ardua negociación de diversas estipulaciones contractuales con cada OTP.

No ha existido imposición de ninguna cláusula contractual. En realidad, ni siquiera ha sido una posibilidad. Los OTP siempre han tenido un gran poder negociador, habiéndose arribado a los contratos existentes en la actualidad después de arduos procesos de negociación, a partir de los cuales las diversas cláusulas surgieron en diferentes momentos y bajo distintas circunstancias en la relación contractual con cada OTP.

Pese a lo que pretende hacer parecer la FNE con su teoría del caso, CDF tiene distintos contratos con los múltiples OTP, que contienen cláusulas contractuales que reflejan los procesos de negociación por los que han atravesado, jamás habiendo actuado CDF con culpa y menos con dolo, por lo que no puede ser sancionado.

Como señalamos, sólo puede darse una hipótesis de abuso de posición dominante a partir de un contrato y su ejecución, cuando este contrato es fuente y base de dicho abuso, lo que no ocurre en la especie.

VIII. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN: ESTÁ PRESCRITA LA ACCIÓN RESPECTO DE TODAS AQUELLAS PRÁCTICAS ACORDADAS CON LOS OTP EN CONTRATOS CELEBRADOS CON ANTERIORIDAD AL DÍA 11 DE DICIEMBRE DE 2017

A mayor abundamiento de los argumentos expuestos precedentemente, oponemos la excepción de prescripción extintiva del Requerimiento, en todo lo que dice relación con aquellas cláusulas pactadas con los OTP en contratos celebrados antes del 11 de diciembre de 2017. Ello, por las siguientes razones de hecho y derecho:

A. LAS CONDUCTAS CUESTIONADAS (CLÁUSULAS CONTRACTUALES) SE EJECUTAN CON LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS QUE CONTIENEN LAS CLÁUSULAS RELEVANTES Y DESDE ESE MOMENTO COMIENZA A CORRER EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Como ya hemos explicado en numerosas oportunidades, la FNE imputa como anticompetitivas la supuesta imposición a los OTP de cuatro prácticas comerciales que individualmente consideradas serían anticompetitivas y que cada una de ellas se habría ido verificando en forma paulatina desde el año 2006, pero con carácter permanente, evitando en todo momento referirse al hecho de que estas supuestas prácticas son, en realidad, estipulaciones contractuales distintas para distintos OTP,

que han variado en el tiempo y que incluso han sido de aplicación intermitente o discontinuada, intentando así eludir, entre otras materias, la evidente dificultad para su teoría del caso que implica el plazo de prescripción fijado en DL 211.¹⁵⁰

Sin embargo, el inciso 3° del artículo 20 del DL 211 es claro al establecer que el plazo de prescripción de tres años comienza a correr desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia, lo que, de haber sucedido, cuestión que negamos, habría sido **cuando CDF celebró cada contrato** que contiene aquellas cláusulas contractuales cuestionadas con cada OTP, por lo que el análisis se deberá realizar individualmente para cada contrato en que se incorporaron estas cláusulas.

Así lo resolvió recientemente el H. Tribunal en la Sentencia N°174/2020 al afirmar que “[e]n este sentido, la jurisprudencia en esta sede ha sostenido que: ‘En otras palabras, el ejercicio de los derechos y obligaciones que un contrato libremente pactado establece para las partes es el efecto natural del mismo y **no puede, por lo tanto, cuestionarse el ejercicio de tales derechos sin atacar la fuente de los mismos que, en la especie, corresponde al Contrato Original y sus Adhesiones’** (Sentencia N°118/2012, c. 16; Sentencia N° 126/2012, c. 15).”¹⁵¹

Agregándose “[q]ue, en efecto, no corresponde, como pretenden las demandantes, confundir la conducta ilícita que es objeto de reproche con los efectos perniciosos de la misma. Las conductas infraccionales que se despliegan en un momento determinado del tiempo se entienden ejecutadas en dicho instante, por prolongados que sean los efectos que ellas produzcan, tal como ha sido resuelto, por ejemplo, en la Sentencia N° 126/2012 (c. 15);”¹⁵²

Del mismo modo ha sido resuelto este asunto por la Excma. Corte Suprema al afirmar que “...de estimarse que ha existido una conducta atentatoria a la libre competencia **ella no se materializa al momento de la aplicación de dicha cláusula sino a la fecha de la celebración de los contratos que la contemplan.** Yerra la Fiscalía Nacional Económica al estimar que el establecimiento de tal cláusula sería un acto preparatorio del atentado a la libre competencia y por ende impune, atentado que sólo se produciría al momento de su aplicación, ya que las partes al renovar tácitamente

¹⁵⁰ Sin perjuicio de que durante el período imputado han existido dos regímenes de prescripción diversos, antes y después de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.361 (13 de julio de 2009), donde se amplía el plazo de prescripción de dos años contados desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia a 3 años, en cualquier caso, se encuentra prescrita la acción de la FNE por prácticas acordadas con los OTP en contratos celebrados con anterioridad al 11 de diciembre de 2017, es decir, más de 3 años antes de la notificación del Requerimiento.

¹⁵¹ Sentencia TDLC N° 174/2020 de fecha 21 de agosto de 2020, c. 63. Énfasis agregado.

¹⁵² Sentencia TDLC N° 174/2020 de fecha 21 de agosto de 2020, c. 64. Énfasis agregado.

los contratos se limitaron a dar cumplimiento a las estipulaciones pactadas al momento de la celebración de los contratos en cuestión. Es decir, **la aplicación de la cláusula que contempla la renovación tácita no es más que una prerrogativa de las partes contemplada en los contratos suscritos**, de manera que de estimarse que tal facultad atenta contra la libre competencia, **ella se materializó al momento de la celebración de los respectivos contratos.**¹⁵³

De hecho, cuando el legislador ha querido que la prescripción comience a correr desde un momento distinto, lo ha dispuesto expresamente, como en el caso de la prescripción de los ilícitos de la letra a) del artículo 3° del DL 211, en el que se dispone que “*el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantenga en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción*”. Es decir, la FNE pretende erróneamente aplicar a una imputación de abuso unilateral normas que se refieren a los carteles.

Además, para aquellos casos en que excepcionalmente se le ha otorgado el carácter permanente a ilícitos de abuso de dominancia, lo determinante ha sido que este ilícito no tenga como fuente una convención o contrato válidamente celebrado, como ocurre en el caso de autos.

Ello también ha sido reconocido por el H. Tribunal en la ya mencionada reciente sentencia N° 174/2020, cuando resolvió “[q]ue, adicionalmente, es pertinente diferenciar este caso de aquel que algunas demandantes citan (v.gr. fs. 5202 y 5365), pues en dicha oportunidad la conducta denunciada era el cobro de precios abusivos y discriminatorios que no provenían de convención alguna, sino que se calculaban conforme a un documento unilateralmente dictado por la demandada, denominado “Reglamento Interno”, y que, por consiguiente, no constituía una fuente de derechos y obligaciones entre las partes resultante de su autonomía de la voluntad, de modo que pudiera estimarse que los cobros en cuestión fuesen una consecuencia natural del mismo;”¹⁵⁴

Para luego agregar que “*Que lo anterior no contradice la jurisprudencia de este Tribunal en otras decisiones, en el sentido que existen infracciones de carácter permanente, que son aquellas cuya acción se prolonga en el tiempo y respecto de las cuales, mientras no cesen, no ha empezado a correr el plazo de prescripción. En el caso de autos, en cambio, debe entenderse que **la conducta reprochada es la***

¹⁵³ Sentencia Exma. Corte Suprema de fecha 7 de diciembre de 2012, Ingreso Corte N° 2255-2012, c. 6. Énfasis agregado.

¹⁵⁴ Sentencia TDLC N° 174/2020 de fecha 21 de agosto de 2020, c. 66. Énfasis agregado.

celebración del contrato que establece las tarifas interbancarias, conducta que se produce en un instante preciso y determinado en el tiempo, que no es otro que el de la celebración del respectivo contrato de partícipe y sus respectivas adiciones, y es desde ese momento que debe entenderse ejecutada la conducta;¹⁵⁵

En la especie, correspondiendo las conductas cuestionadas a cláusulas contractuales válidas y libremente celebradas, no recibe aplicación la hipótesis que plantea la FNE de un supuesto abuso de carácter permanente.

Por ello, para efectos de determinar el inicio del cómputo del plazo de prescripción, será necesario revisar los contratos celebrados por CDF con los distintos OTP y **establecer en qué fecha fueron pactadas con cada OTP las cláusulas que la FNE imputa como ilícitas en su Requerimiento.**

En consecuencia, debe revisarse en qué momento se celebraron cada uno de los respectivos contratos que respecto a cada OTP incorporaron **(i)** el establecimiento de mínimos garantizados; y/o **(ii)** la limitación de venta de las señales Premium de CDF bajo costo; y/o **(iii)** las regulaciones a las promociones; y/o **(iv)** la obligación de distribución universal de CDF Básico; y a partir de dicho instante, se debe entender que comenzó a correr el plazo de prescripción de tres años del inciso 3° del artículo 20 del DL 211.

Como es esperable, ocurrirá que dichas cláusulas surgieron en contratos celebrados con los OTP en diferentes fechas.

De esta manera debiesen estimarse prescritas todas las cláusulas contractuales cuestionadas por la FNE que fueron acordadas con los OTP mediante un contrato celebrado antes del 11 de diciembre de 2017.

B. LA ACCIÓN DE LA FNE ESTÁ PRESCRITA RESPECTO DE AQUELLAS PRÁCTICAS ACORDADAS EN CONTRATOS CELEBRADOS CON OTP ANTES DEL 11 DE DICIEMBRE DE 2017

La acción de la FNE está prescrita respecto de todas aquellas cláusulas acordadas con los OTP en contratos previos a diciembre de 2017, lo que incluye múltiples

¹⁵⁵ Sentencia TDLC N° 174/2020 de fecha 21 de agosto de 2020, c. 65. Énfasis agregado.

contratos celebrados con diferentes OTP que ya ni siquiera tienen relaciones contractuales con CDF.

Demás está decir que no existe ningún contrato que se haya firmado el 2006 y siga vigente a la fecha.

A continuación, nos referimos a la aplicación de la prescripción de las cláusulas contractuales en los contratos con los principales OTP mencionados en el Requerimiento.

Hacemos presente que esto es sin perjuicio de que **la prescripción se debe aplicar considerando por separado cada una de las cláusulas contractuales reprochadas y el momento en que las mismas fueron incorporadas en cada contrato celebrado con cada OTP.**

1. Prescripción en relación con los contratos celebrados con VTR

Sin perjuicio de otros contratos celebrados con VTR con anterioridad, el 17 de mayo de 2017 se celebró el último contrato entre las partes que incorporaba las cuatro cláusulas cuestionadas por la FNE, por lo que el plazo de prescripción comenzó a correr en dicho momento, **prescribiendo la acción el día 17 de mayo de 2020.**

Posteriormente, con fecha 13 de febrero de 2020, VTR y CDF firmaron un nuevo acuerdo comercial, que entró a regir retroactivamente desde el día 1 de enero de 2020, en el cual se modificaron aspectos esenciales de su relación comercial, sólo persistiendo como tal en los términos del Requerimiento la venta conjunta del CDF Básico con las señales premium.

2. Prescripción en relación con los contratos celebrados con DirectTV

El último contrato de distribución y exhibición de CDF celebrado entre las partes es de fecha 1° de julio de 2015, **prescribiendo así la acción el día 1° de julio de 2018.**

Si bien el día 22 de julio de 2020 las partes acordaron una enmienda a este contrato, en ella nada se modificó lo inicialmente acordado sobre la incorporación de CDF Básico en su grilla básica, limitación de vender bajo costo, ni promociones. En lo referido a abonados mínimos garantizados, solo se efectuó una incorporación relativa a la señal CDF HD, sin modificar lo ya acordado previamente.

3. Prescripción en relación con los contratos celebrados con Telefónica

Actualmente, Telefónica y CDF están relacionadas comercialmente en virtud de un contrato de distribución y exhibición de la Señal CDF celebrado con fecha 18 de diciembre de 2017, el que fue simplemente modificado en algunas materias no relacionadas con las del Requerimiento, mediante una enmienda de fecha 3 de febrero de 2020.

Antes de ello, la relación entre las partes se rigió por diversos contratos, siendo el inmediatamente precedente de fecha 1° de enero de 2015, los que ya incorporaban las cláusulas contractuales supuestamente lesivas, encontrándose prescrita respecto de éstas la acción.

4. Prescripción en relación con los contratos celebrados con Claro

El contrato de distribución y exhibición celebrado entre CDF y Claro con fecha 9 de enero de 2017 continúa aplicándose hasta el día de hoy, por lo que el plazo de prescripción comenzó a correr en dicho momento, prescribiendo **la acción el día 9 de enero de 2020**, antes de la notificación del Requerimiento.

5. Prescripción en relación con los contratos celebrados con Entel

En el caso de este OTP, el contrato en el cual constan las condiciones comerciales que a juicio de la FNE serían lesivas para la libre competencia fue celebrado el día 1 de julio de 2016.

Si bien es cierto con fecha 11 de diciembre de 2018 se celebró una Adenda a dicho contrato, en el mismo únicamente se prorrogó el plazo de vigencia de la referida convención, sin modificarse ninguna otra estipulación contractual.

Por ende, debe considerarse que el plazo de prescripción respecto de este OTP empezó a correr el día 1 de julio de 2016, por lo que la acción para perseguir este supuesto ilícito **prescribió el día 1 de julio de 2019**.

6. Prescripción en relación con los contratos celebrados con GTD y Telsur

Los contratos en los cuales se incorporan 3 de las 4 estipulaciones contractuales cuestionadas por la FNE que son aplicables a Telsur y GTD, fueron celebrados el 1 de marzo y el 1 de noviembre de 2011, respectivamente, fechas en las que inició el cómputo del plazo de prescripción de la acción para perseguir este supuesto ilícito, por lo que **la acción prescribió el día 1 de marzo y 1 de noviembre de 2014, respectivamente**. Con posterioridad sólo existe un acuerdo comercial que regula los precios a pagar por GTD y Telsur, sin tratar otras materias, y particularmente, sin referirse a las cláusulas comerciales cuestionadas por el Requerimiento.

7. Prescripción en relación con los contratos celebrados con Tu Ves

Finalmente, el contrato suscrito entre esta OTP y nuestra representada data del 1° de julio de 2017, sólo existiendo una enmienda posterior, que no modifica las materias abordadas por el Requerimiento, de fecha 27 de enero de 2020. Por ende, el cómputo del plazo de prescripción debe contarse desde la celebración del contrato de 2017, habiendo expirado, en consecuencia, dicho plazo el **día 1 de julio de 2020**.

C. EN LA ESPECIE CONCURREN TODOS LOS REQUISITOS DE LA PRESCRIPCIÓN

Conforme a lo expuesto, a lo establecido en el artículo 20 del DL 211 y lo resuelto por el H. Tribunal y la Excma. Corte Suprema, en la especie concurren los presupuestos para acoger la prescripción extintiva opuesta al Requerimiento, respecto de todas aquellas prácticas acordadas con los OTP en contratos celebrados con anterioridad al día 11 de diciembre de 2017.

IX. EN SUBSIDIO, SE REBAJE SUSTANCIALMENTE EL MONTO DE LA MULTA Y SE RECHACEN LAS MEDIDAS PREVENTIVAS, CORRECTIVAS O PROHIBITIVAS GENÉRICAS E INDETERMINADAS PRETENDIDAS POR LA FNE

En subsidio a las alegaciones, excepciones y defensas opuestas en los numerales precedentes, solicitamos que se rebaje sustancialmente el monto de la multa pretendida respecto de CDF y se rechacen las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas pretendidas por la FNE. Ello por las siguientes consideraciones de hecho y derecho.

A. PARA EL IMPROBABLE CASO QUE EL H. TRIBUNAL ESTIME QUE LA FALTA DE CULPABILIDAD DE CDF NO ES UN EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD, AL MENOS DEBE CONSIDERARSE PARA REBAJAR SUSTANCIALMENTE LA MULTA

Para el improbable caso en que este H. Tribunal estime que la falta de culpabilidad de CDF -por no haber abusado de su posición en el mercado y haber actuado bajo la confianza legítima de que las prácticas acordadas contractualmente se ajustaban a derecho y no infringían el DL 211- no es motivo suficiente para liberar de responsabilidad a CDF, al menos debe ser considerado para rebajar sustancialmente la multa.

Como ya se explicó en el capítulo VII.B, nuestra representada no ha actuado con culpa, ni mucho menos con dolo, y, por tanto, no concurre el presupuesto subjetivo para la aplicación de una multa, ya que:

- CDF ha acordado las estipulaciones contractuales que han permitido las negociaciones con los OTP, las que se fundamentan en legítimas mejoras del negocio. Por ejemplo, han tenido por objeto equiparar en lo posible los riesgos y remediar de alguna forma las asimetrías de información, logrando a la vez bajar en términos reales los precios, habiéndose incrementado la calidad del producto y aumentado la inversión;
- CDF ha actuado bajo la confianza legítima de que las estipulaciones contenidas en los contratos con los OTP se ajustaban a derecho y no infringían el DL 211, ya que la FNE revisó y validó su actividad en, al menos, tres investigaciones previas.

Al igual como resolvió el H. Tribunal en la Sentencia N°115/2011, CDF desarrolló su negocio de buena fe, con el beneplácito de la FNE que conoció del mismo y, por tanto, bajo la genuina confianza de la legalidad de su actividad, por lo que al menos **corresponde se rebaje sustancialmente la multa solicitada.**

B. OTROS ARGUMENTOS POR LOS CUALES CORRESPONDE QUE SE REBAJE LA MULTA PRETENDIDA

En complemento de lo anterior, solicitamos que la multa pretendida por la FNE se rebaje sustancialmente ya que esta es absolutamente excesiva y desproporcionada, vulnera tanto la norma aplicable, así como desatiende los criterios fijados en la misma para su determinación, afectando gravemente el principio de proporcionalidad.

1. **La multa pretendida por la FNE carece de fundamento cuantitativo y técnico, lo que impide que el H. Tribunal pueda acogerla**

La multa debe además ser sustancialmente rebajada, ya que aquella solicitada por la FNE carece absolutamente de fundamento cuantitativo y técnico que permita determinar tal valor.

De hecho, para intentar otorgarle razonabilidad, la FNE recurre exclusivamente a conceptos abstractos que, como veremos no corresponden a aquellos criterios contemplados en la legislación y que no pueden ser considerados para agravar la conducta.

Un ejemplo de ello es la referencia que realiza la FNE, como posible criterio a aplicar para la aplicación de la multa, a los supuestos beneficios económicos de CDF derivados de la conducta imputada, en circunstancias que es la misma FNE la que ha señalado en el Requerimiento que no tiene certeza de que la conducta haya realmente provocado efectos anticompetitivos, ya sean explotativos o exclusorios.

La falta de fundamentación de esta multa es tan clara que no se establece qué sería aquello que determina que la multa deba ser 32.000 UTA y no cualquier otra cifra. De hecho, una falta de fundamentación similar llevo a que el H. Tribunal resolviera en la Sentencia N°173/2020 “[q]ue, a nuestro juicio, ninguno de los cálculos de las partes puede ser considerado suficiente para efectos de la imposición de la sanción. Por una parte, **el cálculo de la FNE adolece de una falta de fundamento técnico, más allá de meramente expresar (sin justificar cuantitativamente) las razones que fundan la multa discrecional que solicita**”,¹⁵⁶ fijando la multa en el 60% de aquella pretendida por la FNE.

Conforme a lo expuesto, y especialmente a la falta de fundamentación de la multa pretendida por la FNE, corresponde que la misma, al menos, sea rebajada considerablemente.

¹⁵⁶ Sentencia TDLC N° 173/2020 de fecha 25 de junio de 2020, c.92. Énfasis agregado

2. **La multa solicitada por la FNE excede con creces el máximo establecido por el DL 211 vigente a la fecha en que se ejecutaron las prácticas comerciales acusadas**

La pretensión sancionatoria de la FNE debe ser reducida, toda vez que **sobrepasa en exceso el límite establecido por el legislador al momento en que se ejecutaron las prácticas comerciales** que supuestamente generan efectos negativos en la competencia, en el improbable caso que no se acoja la excepción de prescripción opuesta.

En efecto, al tratar la prescripción ya vimos que en ningún caso estamos en presencia de un supuesto ilícito de ejecución permanente. Muy por el contrario, el momento de ejecución de la conducta es uno, y corresponde a la suscripción entre CDF y los diferentes OTP de los contratos en que se contienen las cláusulas que acusa como anticompetitivas.

Conforme a lo anterior, **corresponde aplicar el régimen sancionatorio vigente a la época en que los hechos fueron ejecutados.** Así lo ha resuelto invariablemente nuestra Excma. Corte Suprema, al señalar: *“Que para dilucidar la cuestión jurídica esencial consistente en definir el régimen sancionatorio que rige al caso, es pertinente señalar que **el principio fundamental a considerar para la determinación del derecho que rige el caso es el que conduce a la aplicación de la ley vigente a la fecha en que los hechos fueron ejecutados.** Es así entonces que en el derecho sancionador y específicamente en materia de libre competencia, no existe modificación al principio general, en cuanto a que **la ley que rige los hechos y por ende el estatuto sancionatorio aplicable, es la ley vigente a la fecha de la comisión de los mismos.**”¹⁵⁷*

Ello es coherente con las garantías constitucionales propias del derecho penal y que, conforme se ha resuelto uniformemente en nuestro país, resultan aplicables al derecho sancionatorio.

En particular, los principios de legalidad de la pena e irretroactividad de la ley penal, derivados del artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución Política y del artículo 18 del Código Penal, ordenan que sea aplicable la ley vigente a la época en que las conductas fueron ejecutadas.

¹⁵⁷ Sentencia Exma. Corte Suprema de fecha 29 de octubre de 2015, Ingreso Corte N° 27.181-2014. Énfasis agregado.

Pues bien, conforme al propio relato de la FNE, estamos en presencia de una conducta que se vendría ejecutando desde el año 2006 y que se verificaría en estipulaciones contenidas en contratos celebrados con los OTP desde el año 2006 y que en buena parte de los casos se establecieron antes del año 2017.

Entonces corresponde revisar cuál era el régimen sancionatorio aplicable a dicha fecha. El actual DL 211 fue modificado por la Ley N° 20.945, promulgada el 19 de agosto de 2016 y publicada el día 30 del mismo mes y año. En ella precisamente se modificó el régimen sancionatorio aplicable en caso de infracciones anticompetitivas, aumentándose el máximo de la multa aplicable.

La letra c) del artículo 26 del DL 211 previo a esta modificación establecía, en lo pertinente, que: “En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas: c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a **veinte mil unidades tributarias anuales** y, en caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3º, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales.” El régimen sancionatorio era claro. La multa máxima a aplicar para un caso como el de autos no podría exceder de las 20.000 UTA.

Es decir, la pretensión sancionatoria de la FNE excede en 12.000 UTA el máximo establecido por la ley vigente a la época de comisión de los hechos que supuestamente serían anticompetitivos, máximo legal que también sería excesivo en este caso.

No es admisible que el monto de la multa a solicitar por la FNE pueda depender del momento en que dicho organismo decide discrecionalmente deducir un requerimiento. Lo único que determina el máximo de dicho monto es la ley vigente al momento en que se habría cometido la infracción, tal como lo ha resuelto nuestra Excm. Corte Suprema.

3. Corresponde aplicar el principio de proporcionalidad al fijar la multa – La sanción debe ajustarse con las conductas denunciadas

Otra razón que determina la rebaja de la multa es precisamente que ésta **no se ajusta al necesario principio de proporcionalidad**. Tal es así que, como revisaremos, supera a todas las multas que la FNE ha solicitado respecto de un agente de mercado que pudo infringir el DL 211, incluso, en hipótesis de ilícitos de colusión.

Conforme ha establecido la Excma. Corte Suprema¹⁵⁸, tanto la sanción penal como la administrativa son manifestaciones del único *ius puniendi* del Estado, donde el principio de proporcionalidad actúa como un importante límite en la imposición de los castigos.

Por su parte, la aplicación de este principio de proporcionalidad obliga al sentenciador a encontrar una solución justa, frente al espectro de posibilidades sancionatorias que se le pueden imponer al demandado, considerando las circunstancias del caso con el objeto de alcanzar la necesaria y debida proporción entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

Este H. Tribunal reconoció la aplicación del principio de proporcionalidad al sancionar el “*Cartel de los Laboratorios*” mediante sentencia N°165/2018, resolviendo que **“la proporcionalidad es un elemento que se debe tener en consideración al momento de calcular la multa, lo que este Tribunal hará, según se explica en los considerandos siguientes.”**¹⁵⁹

De igual modo, recientemente la Excma. Corte Suprema también reconoció el principio de proporcionalidad como límite para imponer las multas al sancionar a las cadenas de supermercados, resolviendo que: **“las únicas limitaciones a la hora de fijar un castigo pecuniario están en el límite legal de 20.000 Unidades Tributarias Anuales – aquel contemplado por la ley vigente durante el periodo en que se extendió el acuerdo – y, por cierto, en la aplicación del principio de proporcionalidad, a la luz de los criterios contemplados en el inciso final del artículo 26.”**¹⁶⁰

El **quebrantamiento en este caso del principio de proporcionalidad** es evidente desde el momento en que no existe ningún efecto anticompetitivo de la conducta imputada, por el contrario, y además desde el momento en que se trata de la multa pretendida más alta que jamás la FNE ha solicitado que se imponga a un requerido.

No solo supera largamente a aquellos casos en que se denuncia un ilícito de abuso de posición dominante, sino que incluso, en aquellos casos en que se requiere por el ilícito de colusión, el que en sus propias palabras, es el ilícito más grave que sanciona el DL 211.

¹⁵⁸ Sentencia Excma. Corte Suprema de fecha 14 de marzo de 2017, Ingreso Corte N° 68.723-2016.

¹⁵⁹ Sentencia TDLC N° 165/2018 de fecha 8 de noviembre de 2018, c. 43. Énfasis agregado.

¹⁶⁰ Sentencia Excma. Corte Suprema de fecha 8 de abril de 2020, Ingreso Corte N° 9361-2019, c. 48. Énfasis agregado.

La siguiente Tabla muestra los requerimientos interpuestos por la FNE para conductas diferentes a colusión desde el año 2008 a la fecha y las multas solicitadas para cada requerido:

Tabla 5: Multas Solicitadas por la FNE		
Rol	Conducta denunciada	Multa solicitada
C-404-2020	Entrega de información falsa en notificación de operación de concentración	558 UTA / 4.754 UTA
C-389-2020	No informar participación en competidora de filial	330 UTA
C-388-2020	No informar participación en competidora de filial	970 UTA
C-387-2020	Incumplimiento de sentencia	9.000 UTA
C-379-2019	Abuso de posición dominante	3.500 UTA
C-346-2018	Perfeccionamiento de operación de concentración suspendida por notificación	2.000 UTA
C-343-2018	Infracción genérica – exigencia de cuota de incorporación	5.000 UTA
C-328-2017	Incumplimiento de acuerdo extrajudicial	600 UTA / 500 UTA
C-314-2016	Infracción genérica - incumplimiento de dictamen	1.000 UTA / 500 UTA
C-310-2016	Abuso de posición dominante	20.000 UTA
C-282-2014	Incumplimiento instrucción de carácter general	50 UTA
C-281-2014	Incumplimiento instrucción de carácter general	3.500 UTA
C-279-2014	Incumplimiento de Resolución	2.000 UTA / 1.000 UTA
C-278-2014	Incumplimiento instrucción de carácter general	3.500 UTA / 50 UTA
C-273-2014	Incumplimiento instrucción de carácter general	5.000 UTA
C-263-2013	Abuso de posición dominante	No solicita multa
C-258-2013	Abuso de posición dominante	1.200 UTA
C-249-2013	Abuso de posición dominante	20.000 UTA
C-240-2012	Infracción genérica – integración cines hoyts y cinemundo	1.000 UTA
C-235-2011	Incumplimiento de dictamen	1.000 UTA
C-203-2010	Abuso de posición dominante	3.000 UTA
C-196-2009	Incumplimiento de sentencia	20.000 UTA
C-195-2009	Infracción genérica	No solicita multa

En este caso, la FNE solicita una multa más de 12.000 UTA, es decir en más de 7.400 millones de pesos, superior a la mayor multa que la FNE solicitó en casos anteriores por el ilícito de abuso de dominancia.

Conforme a lo ya argumentado en esta presentación, la multa solicitada debe ser sustancialmente disminuida en aplicación del principio de proporcionalidad.

4. **No se verifican las circunstancias agravantes en que se apoya la FNE para intentar determinar la multa de autos**

A pesar de los variados criterios que de conformidad al artículo 26 del DL 211 deben tenerse en cuenta para la determinación de las multas, la FNE sólo se centra en tres de ellos, omitiendo todos aquellos que podrían atenuar la supuesta responsabilidad de CDF.

Los criterios a los cuales se refiere escuetamente la FNE son (i) la supuesta gravedad de la conducta, (ii) la duración del supuesto abuso de posición dominante y (iii) el efecto disuasivo de la multa.

Por su parte, la supuesta gravedad de la multa estaría dada por (i) la calidad de pretendido monopolista en el mercado aguas arriba de CDF, (ii) la supuesta calidad de producto *must have* de CDF Premium y HD, (iii) la circunstancia que las prácticas comerciales conjuntas imputadas habrían sido impuestas a los OTP y (iv) que tales prácticas han producido o tendido a producir efectos anticompetitivos.

Como veremos, dichas circunstancias no pueden ser consideradas como agravantes de la supuesta conducta de CDF o simplemente no concurren en la especie.

4.1. **Los supuestos elementos constituyentes de la gravedad de la conducta no son efectivos**

Ninguna de las circunstancias que el Requerimiento invoca como demostrativas de que la conducta denunciada sería grave concurren en la especie.

- En primer lugar, la FNE afirma que CDF ostentaría una **posición de monopolista** en el mercado aguas arriba.

Sin embargo, como se explicó en esta presentación, no es efectivo que CDF sea un monopolista, sino que **solamente detenta una licencia para la transmisión de los partidos del CNFP basada en los derechos de propiedad intelectual de la ANFP y los clubes que la componen**, debiendo considerarse, conforme lo ha resuelto este H. Tribunal y otras autoridades de libre competencia, definiciones de mercado relevante más amplias.

- En segundo lugar, **tampoco es cierto que CDF Premium y HD sean productos *must have***, existiendo evidencia empírica de que, por

ejemplo, el OTP Mundo Pacífico, quien decidió no incorporar a CDF en su parrilla a partir de enero 2017, ha tenido un crecimiento mayor que el de la industria a contar de esa fecha. Las señales de CDF tienen una programación popular que es valorada por los consumidores, pero no tienen naturaleza diferente de otros canales con contenido atractivo.

- Tercero, las prácticas comerciales, no han sido impuestas a los OTP, sino que han sido acordadas contractualmente, sin que esta parte pudiera disciplinar el poder negociador de los OTP, especialmente de los más relevantes.

Alegar como agravante para un caso de abuso de posición dominante, el tener una posición dominante, es castigar dos veces por el mismo hecho. Primero exigir el carácter de supuesto monopolista o de producto *must have* para cumplir con el tipo infraccional y, luego, ese mismo hecho calificarlo como agravante para aumentar la sanción.

- Por último, la propia FNE es vacilante al definir si la conducta imputada ha producido o solamente ha tendido a producir efectos contrarios a la sana competencia en el mercado relevante, pese a tratarse de una conducta que se vendría ejecutando desde el año 2006.

Sin perjuicio de ello, podemos afirmar, por una parte, que **el comportamiento de CDF no ha afectado la competencia intra-marca de los OTP**, habiéndose tornado el mercado mucho más competitivo desde el año 2006 hasta la fecha, y, por otra, que se **aumentó el bienestar del consumidor**, ya que se mejoró ostensiblemente el producto, sin incrementar su precio y aumentándose significativamente la penetración de CDF Premium y CDF HD.

En todo caso, el propio H. Tribunal ha reconocido al dictar la sentencia N°74/2008 que *“lo expuesto, en todo caso, no supone equiparar las infracciones que efectivamente producen los efectos anticompetitivos con aquellas que sólo tienden a producirlos...”*¹⁶¹, por lo que en el improbable caso en que se determinara que no se han producido efectos anticompetitivos, sino que simplemente existiría una potencialidad de ello, dicha circunstancia sería muestra de la menor gravedad de la conducta, a diferencia de lo afirmado por la FNE.

¹⁶¹ Sentencia TDLC N° 74/2008 de fecha 2 de septiembre de 2008, c 4. Énfasis agregado.

Finalmente, cabe hacer presente que no nos encontramos ante las conductas que este H. Tribunal ha identificado como los ilícitos anticompetitivos más graves, como lo son los casos de colusión. Muy por el contrario, nos encontramos ante una conducta que **únicamente podría ser sancionada bajo la regla de la razón** y donde existen fundadas razones y confianza legítima por parte del Requerido que su actuar está conforme con la legislación, lo que disminuye su eventual gravedad en esta sede en caso de que se estimen como ilícitas.

4.2. La duración de la conducta señalada por la FNE no puede ser considerada como una circunstancia agravante en la especie

Por motivos de economía procesal y para evitar repeticiones innecesarias, demás está decir que gran parte del período considerado en el Requerimiento debe ser automáticamente desestimado como consecuencia de la prescripción que opera en este caso, sobreviviendo así, en el peor de los casos, la acción respecto de las estipulaciones contractuales celebradas dentro de los últimos tres años.

Adicionalmente, para entender la duración de la supuesta conducta como una circunstancia que agravaría la responsabilidad, es necesario que exista una mínima conciencia por parte del infractor de estar incurriendo en un atentado contra la libre competencia.

Como ya se ha explicado, **CDF en ningún momento tuvo conciencia de la supuesta ilicitud de su actuar**; todo lo contrario, el mismo fue validado por la propia FNE en una investigación anterior y en el proceso de notificación de la operación de concentración al momento de la compra de CDF, cuyas largas duraciones aportaron a que CDF continuase empleando durante un tiempo adicional las cláusulas que ahora se le cuestionan.

Por ende, no se puede considerar la duración de la conducta de CDF como una agravante en este caso concreto, y mucho menos como lo pretende la FNE al solicitar la mayor multa en la historia de esta jurisdicción.

4.3. Bajo la teoría de la FNE no existe disuasión posible, por lo que este elemento tampoco puede ser considerado como una agravante

Bajo la teoría de la FNE de que CDF es un monopolista en el mercado aguas arriba (independiente de lo errado de dicho concepto), no existiría un efecto disuasorio de la multa, ya que nadie más podría incurrir en las conductas que se imputan. Siendo

así, este elemento de hipotética disuasión general no puede ser considerado como una agravante para la determinación de la multa. En cambio, para un posible efecto disuasivo especial respecto de CDF lo central es que nuestra representada siempre ha acatado los lineamientos y reglas impuestas por las autoridades de libre competencia, por lo que una multa tan elevada resulta completamente superflua e injusta.

5. En todo caso, debe rebajarse la multa porque concurren respecto de CDF circunstancias atenuantes relevantes

No sólo no concurren circunstancias que puedan agravar la eventual multa, sino que por el contrario, concurren circunstancias atenuantes que deben ser consideradas por este H. Tribunal.

5.1. Esta parte colaboró activamente a lo largo de todos los procesos de investigación seguido por la FNE y, en especial, en la investigación Rol N° 2510-18 FNE que precedió al Requerimiento

Otra circunstancia que debe servir para eximir, o al menos disminuir la multa pretendida por el Requerimiento, radica en el hecho que nuestro representado colaboró activamente con la FNE durante los distintos procesos investigativos iniciados por dicho órgano y que involucraba a CDF.

En efecto, CDF no sólo cumplió con los requerimientos de información solicitados por la FNE, sino que aportó activamente todos los antecedentes necesarios para demostrar la eficiencia de las estipulaciones contractuales con los OTP, incluyendo la presentación de informes económicos preparados por expertos en la materia.

Adicionalmente a ello, CDF se reunió con la FNE en reiteradas oportunidades, a través de sus personeros y asesores, tanto económicos como jurídicos. De hecho, podemos señalar a vía de ejemplo, las reuniones sostenidas con el mismo Fiscal Nacional Económico por el Sr. Jorge Claro, luego por el Sr. Jorge Carey y otros altos ejecutivos de CDF y su nueva controladora, Turner. Por otra parte, podemos mencionar las reuniones sostenidas a petición de nuestra representada durante 2020 entre el equipo de la FNE y los economistas que han asesorado a CDF.

5.2. Pese a haber sido investigado en el pasado, CDF no ha sido requerido ni condenado previo al Requerimiento y, por ende, cuenta con irreprochable conducta anterior

Desde la creación de CDF jamás ha sido requerido, ni menos condenado, con anterioridad al Requerimiento, por lo que cuenta con irreprochable conducta anterior, la que solicitamos sea considerada en el improbable caso que se le imponga una multa.

5.3. Tal como hemos señalado, la actividad de CDF ha generado beneficios a los consumidores y al fútbol chileno.

Como hemos señalado reiteradamente en esta contestación, la actividad comercial de CDF, en que se incluyen las cláusulas contractuales que cuestiona la FNE, han generado efectos tremendamente positivos para los consumidores, quienes tienen un producto de gran calidad a precios razonables, y al fútbol chileno, el que depende de éste para su subsistencia y desarrollo.

C. LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS, CORRECTIVAS O PROHIBITIVAS PRETENDIDAS POR LA FNE DEBE SER RECHAZADA – ACTUALMENTE YA EXISTEN MEDIDAS ACORDADAS CON LA FNE QUE TIENEN POR OBJETIVO MITIGAR EL PODER NEGOCIADOR DE CDF

Aparte de las desmedidas multas, la FNE solicita:

4. Ordenar a la Requerida la adopción de todas las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que estime del caso disponer, en especial aquellas que busquen reducir a futuro el poder de negociación de la Requerida en sus relaciones comerciales con los cableoperadores; y,

Tal pretensión debe ser rechazada, en primer lugar, porque no existe ilícito anticompetitivo alguno que imputar a nuestra representada y, por ende, no corresponde ni procede que el H. Tribunal imponga medidas de naturaleza sancionatoria.

En adición a lo anterior, esta solicitud debe ser completamente rechazada porque ya se acordaron, están actualmente vigentes y están siendo cumplidos los remedios para mitigar el poder negociador de CDF de cara a los OTP.

Tal como se expuso en el capítulo IV.C, con ocasión de la aprobación de la referida adquisición de CDF por parte de Turner, se adoptaron, entre otros, los siguientes compromisos a la luz del artículo 53 inciso tercero del DL 211 para mitigar, entre otros riesgos, un eventual mayor poder negociador de CDF:

- Prohibición de ventas atadas y empaquetadas entre el Producto CDF y los canales lineales de Turner y de las compañías de su grupo empresarial;
- Prohibición de negar arbitrariamente la venta de producto CDF a OTP con actividades en Chile; y
- Arbitraje de oferta final o tipo *baseball*.

Particularmente importante es este último compromiso, pues tiene exactamente el mismo propósito que el pretendido por la FNE con esta petición: aminorar el poder negociador de CDF.

Con este compromiso no solo se dejó en manos de un tercero imparcial la resolución de los conflictos que pudieren presentarse entre las partes, sino que conforme a la doctrina especializada, al ser de tipo *baseball* fomenta los acuerdos y disminuye el poder de la parte situada en mejor posición.

Este particular tipo de arbitraje ha sido analizado profusamente por la doctrina jurídica y económica comparada, reconociendo que el sistema de oferta final promueve las negociaciones de buena fe y los acuerdos entre las partes¹⁶² e, incluso en ausencia de acuerdo, fuerza a las partes a alejarse de posturas extremas y, por el contrario, las incentiva a hacer propuestas razonables¹⁶³.

En contextos en que una de las partes tiene una posición preponderante frente a su contraparte, como erradamente la FNE alega que ocurre en las relaciones comerciales entre CDF y los OTP, "la técnica del arbitraje de oferta final puede

¹⁶² REINER, Andreas, "Final offers and sealed offers as a means of reducing the time and cost of arbitration, Dr. Andreas Reiner", Zbornik PFZ, 62,(1-2) 437-456 (2012), p. 441; CHELIUS, James y Dworkin, James, "An Economic Analysis of Final-Offer Arbitration as a Conflict Resolution Device", The Journal of Conflict Resolution, Vol. 24 (2),pp. 293-310 (1980), p. 294.

¹⁶³ TULIS, Benjamin A. "Final-Offer "Baseball" Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications," Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law: Vol. 20 (1), 86-130, p. 89; ADAMS Charles, "Final Offer Arbitration: Time for Serious Consideration by the Courts", Nebraska Law Review: Vol. 66 (2), pp. 213-248(1987), p. 247; CHETWYND, Josh, "Play Ball? An Analysis of Final-Offer Arbitration, Its Use in Major League Baseball and Its Potential Applicability to European Football Wage and Transfer Disputes, 20 Marquette Sports Law Review, Vol. 20 (1), pp. 109-146(2009), p. 111.

distribuir poder de negociación a la parte más débil de la relación¹⁶⁴. Tales propósitos se alcanzan con un arbitraje de tipo *baseball*, incluso sin que sea el árbitro el que resuelva la disputa, ya que “*la sola disponibilidad del FOA [arbitraje de oferta final] altera el comportamiento de los negociadores*”¹⁶⁵, es decir, “*un procedimiento de oferta final exitoso es la que no se utiliza; el que induce a un acuerdo directo durante el procedimiento.*”¹⁶⁶

Como todas estas medidas fueron expuestas en detalle durante la Investigación de la FNE, sorprende de sobremanera que en el petitorio N° 4 de su Requerimiento la FNE solicite que se ordene a nuestra representada la adopción medidas para reducir a futuro su poder de negociación¹⁶⁷, porque precisamente la reducción del eventual poder negociador de CDF fue el objetivo de algunos de los remedios que fueron condición para que la FNE aprobase la adquisición de CDF por parte de Turner.

Tanto es así que, al aprobar la adquisición de CDF por parte de Turner, la propia FNE señaló que “*dicho compromiso [arbitraje] contribuye a evitar un eventual ejercicio de mayor poder de negociación, al conferir a las partes del acuerdo de licenciamiento una posibilidad adicional para resolver sus discrepancias de naturaleza comercial ante un árbitro, re-estableciendo los eventuales desequilibrios que pudieran permanecer entre ellas*”¹⁶⁸.

En consecuencia, en virtud de la sola existencia de este mecanismo, CDF mal podría hacer uso de su eventual poder negociador y ofrecer condiciones comerciales a los OTP abusivas y/o alejadas de lo que debiese imperar conforme a condiciones justas de mercado, ya que en tal escenario el árbitro simplemente se inclinará por aceptar aquel ofrecimiento del OTP.

Aparte del arbitraje en cuestión, la imposibilidad de CDF de negar arbitrariamente la venta de las señales que conforman el Producto CDF ciertamente disminuye su poder negociador, en tanto no tiene disponible la herramienta del black-out. En cambio, la gran mayoría de los OTP no tienen ninguna limitación para decidir, unilateralmente,

¹⁶⁴ CHELIUS, James y DWORKIN, James, “An Economic Analysis of Final-Offer Arbitration as a Conflict Resolution Device”, *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 24 (2), pp. 293-310 (1980), pp. 295 y 305. Énfasis agregado.

¹⁶⁵ TIJMES, Jaime “Who Wants What? – Final Offer Arbitration in the World Trade Organization”, *The European Journal of International Law*: Vol. 26 (3), pp. 587-606 (2015) pp. 593.

¹⁶⁶ LONG, Gary y FEUILLE, Peter, “Final-Offer Arbitration: “Sudden Death” in Eugene”, *Industrial and Labor Relations Review*: Vol. 27 (2), pp. 186-203 (1974), p. 202.

¹⁶⁷ Requerimiento, p. 27 (petitorio 4). Énfasis agregado.

¹⁶⁸ Investigación de División de Fusiones Rol FNE F116-18, Informe de Aprobación, párrafo 232. Énfasis agregado y citas omitidas.

dejar de distribuir las señales de mi representada, lo cual ciertamente le causaría un enorme perjuicio económico, especialmente si se trata de los OTP de mayor tamaño.

Existiendo una medida de mitigación para evitar el aumento de poder de negociación -prohibición de ventas atadas y empaquetadas entre CDF y Turner- y dos que reducen el poder de negociación de CDF individualmente considerado, resulta desconcertante la desconexión entre las diferentes Divisiones de la FNE constatada en el Requerimiento. Por un lado, con la División de Fusiones ya se acordaron medidas para disminuir el poder de negociación de CDF y, por el otro lado, las Divisiones Antimonopolios y de Litigios desconocen lo anterior, solicitando medidas innominadas orientadas a este mismo propósito, siendo que serían redundantes con las ya existentes.

Esta petición de la FNE genera una nueva transgresión del principio de confianza legítima, en tanto a través de un procedimiento sancionatorio se busca alterar lo acordado entre mi representada, Turner y la FNE, mediante su División de Fusiones. Más aún, en el improbable caso que el Requerimiento fuese a prosperar, la imposición de medidas adicionales a CDF podría incluso constituir una violación del principio *non bis in ídem*.

X. CONCLUSIONES: NO CONCURREN LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 3 INCISO 1° Y LETRA B) DEL DL 211 PARA SANCIONAR A CDF; EN CUALQUIER CASO, GRAN PARTE DE LOS HECHOS ESTÁN PRESCRITOS; Y, DE TODOS MODOS, CONFORME LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 26 Y 32 Y AL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA, CDF DEBIESE SER EXIMIDO DE LAS MEDIDAS Y MULTAS O ESTAS ÚLTIMAS DEBIESEN SER DISMINUIDAS SUSTANTIVAMENTE

Conforme se explicó a lo largo de esta presentación, y a modo de conclusiones, es patente que **no están presentes en la conducta de CDF objeto del Requerimiento los elementos que exige el artículo 3 del DL 211** para considerar que un acto, hecho o convención produce efectos anticompetitivos, o tiende a producir dichos efectos.

Respecto al aspecto objetivo, **CDF no ostenta un monopolio ni goza del poder de mercado que la FNE le atribuye**, tanto porque compite con otros actores de la industria -dentro de los cuales al menos se encuentran los proveedores de canales deportivos premium- como porque a nivel minorista no existe un mercado de canales premium en que se pueda disminuir la competencia intra-marca.

Las prácticas que cuestiona la FNE son cláusulas contractuales que **CDF no ha impuesto a sus clientes, los que en su mayoría son grandes empresas internacionales con gran poder de negociación, que acordaron términos y condiciones mutuamente aceptables**. Esto es suficiente para rechazar la acusación de un supuesto abuso de posición dominante realizado por nuestra representada en contravención al artículo 3 letra b) del DL 211.

Sobre los inexistentes efectos anticompetitivos potenciales o reales, ya sea de los propios de cada cláusula o la agravación de éstos que supuestamente derivaría de su aplicación conjunta, cabe reiterar que **CDF no ha inhibido la competencia intra-marca aguas abajo** -de hecho, es imposible causar tal consecuencia en un mercado inexistente- **ni ha extraído anticompetitivamente rentas** a toda la base de suscriptores a través del apalancamiento de un hipotético, pero irreal monopolio.

Es más, **el actuar de CDF y las cláusulas contractuales acordadas con los OTP son completamente inidóneas para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia**.

En cambio, **el comportamiento de nuestra representada ha generado eficiencias beneficiosas para los consumidores**, tales como mejorar el producto ofrecido -tanto en calidad de imagen como en cantidad de partidos producidos y transmitidos-, aumentar la penetración de sus señales y rebajar los precios de sus señales premium -manteniendo tales precios bajos a lo largo del tiempo.

Por ende, también **corresponde rechazar la alegación contenida en el Requerimiento de que CDF habría vulnerado el artículo 3 inciso primero del DL 211, porque su conducta no es capaz de menoscabar la libre competencia**.

A mayor abundamiento, las alegaciones al inciso primero y a la letra b) de artículo 3 del DL 211 tampoco pueden prosperar dada la **ausencia de abuso, intencionalidad anticompetitiva, dolo o culpa en el proceder de CDF**.

Nuestra representada actuó en todo momento bajo el convencimiento de la licitud y legitimidad de los contratos acordados con los OTP, entre otras razones, porque la FNE había realizado tres investigaciones enfocadas en CDF en el pasado, por lo que el elemento subjetivo -indispensable para determinar una infracción al DL 211- está plenamente ausente en la actividad acusada por la FNE.

Por lo demás, **está prescrita la acción** respecto de todos los contratos y acuerdos celebrados entre CDF y los OTP con anterioridad al 11 de diciembre de 2017, es decir, más de 3 años antes de la notificación de Requerimiento, **todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 20 inciso tercero del DL 211.**

Sin perjuicio de todo lo anterior, en caso de que el H. Tribunal estimase que corresponde acoger el Requerimiento, **correspondería se rechacen las medidas y multa solicitadas por la FNE, por ser innecesarias las primeras y carecer de todo fundamento y proporcionalidad la segunda.**

Si aun así el H. Tribunal considerase que debe imponerse una multa a CDF, ésta **debiese ser significativamente menor a la solicitada por la FNE**, ya que al menos la falta de culpabilidad y conciencia de la antijuridicidad en el comportamiento de nuestra representada debe tomarse en consideración, y además por concurrir las atenuantes de irreprochable conducta anterior, colaboración con la FNE y ausencia de efectos anticompetitivos concretos con motivo de la supuesta infracción, contempladas en el literal d) del artículo 26 de DL 211 sin existir ninguna de las agravantes establecidas en dicho precepto.

POR TANTO,

PEDIMOS A ESTE H. TRIBUNAL: Tener por contestado el Requerimiento interpuesto por la FNE y, conforme a los argumentos aquí expuestos y al mérito de autos, rechazarlo en todas sus partes, con expresa condenación en costas; en subsidio, en el improbable caso de que acogiese el Requerimiento, se exima a CDF del pago de una multa y de la imposición de las medidas solicitadas por la FNE; y, en subsidio de todo lo anterior, se le imponga a nuestra representada una multa sustancialmente más baja que la solicitada por la FNE.

OTROSÍ: Habiéndose ya determinado la cuestión debatida al contestar el Requerimiento en lo principal de esta presentación, conforme lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil ("**CPC**"), aplicable en la especie en virtud del artículo 29 del DL 211, solicitamos al H. Tribunal que decrete que la FNE debe exhibir y dejar copia en autos de los siguientes documentos: (i) todos aquellos contenidos o relacionados con la investigación **Rol FNE N° 2418-17** y (ii) todos aquellos contenidos o relacionados con la investigación **Rol FNE N° 2510-18.**

La solicitud debe ser concedida ya que **concurrer todos los requisitos establecidos en el artículo 349 del CPC**, pues:

- (i) **Los documentos** que se solicita sean exhibidos **existen o debieran existir en poder de la FNE**, según lo ordenado en el inciso tercero de la Ley N° 19.880¹⁶⁹ y el Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la FNE,¹⁷⁰
- (ii) Los documentos que se solicita sean exhibidos **tienen relación directa con la cuestión debatida**, ya que se trata de investigaciones que justamente han tenido por objeto la revisión de distintos aspectos del negocio de CDF y que condujeron a la presentación de este Requerimiento; y
- (iii) Las piezas que la FNE haya declarado previamente como reservadas o confidenciales pueden ser exhibidas en ese carácter y el H. Tribunal mantener la reserva o confidencialidad en los términos de los artículos 22 y 39 letra a) del DL 211.

POR TANTO,

PEDIMOS A ESTE H. TRIBUNAL: Acceder a lo solicitado, disponiendo la exhibición de las investigaciones individualizadas y ordenar a la FNE que las exhiba y deje copia en autos, bajo los apercibimientos establecidos en los artículos 274 y 277 del CPC.

JOSE
MIGUEL
GANA
EGUIGUREN

Firmado digitalmente por JOSE MIGUEL GANA EGUIGUREN
Fecha: 2021.03.19 21:47:50 -03'00'

RUBEN
URRUTIA
PULIDO

Firmado digitalmente por RUBEN URRUTIA PULIDO
Fecha: 2021.03.19 22:04:45 -03'00'

JUAN
CRISTOBAL
GUMUCIO
SCHONTHALER

Firmado digitalmente por JUAN CRISTOBAL GUMUCIO SCHONTHALER
Nombre de reconocimiento (DN): c=CL, o=E-Sign S.A., ou=Terms of use at www.esign-sa.com/scaudterceros, cn=JUAN CRISTOBAL GUMUCIO SCHONTHALER,
email=jcgumucio@carola.cl
Fecha: 2021.03.19 22:09:09 -03'00'

¹⁶⁹ Artículo 18 inciso tercero de la Ley 19.880 que establece Bases de los Procedimiento Administrativos: *“Todo procedimiento administrativo deberá constar en un expediente, escrito o electrónico, en el que se asentarán los documentos presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos, con expresión de la fecha y hora de su recepción, respetando su orden de ingreso. Asimismo, se incorporarán las actuaciones y los documentos y resoluciones que el órgano administrativo remita a los interesados, a terceros o a otros órganos públicos y las notificación y comunicaciones a que éstas den lugar, con expresión de la fecha y hora de su envío, en estricto orden de ocurrencia o egreso.”*

¹⁷⁰ Página 8, párrafo 42 del Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la FNE: *“Se confeccionará un expediente para cada investigación, el que podrá ser electrónico. Se ordenará cronológicamente y tendrá foliación correlativa.”*