



Reclamación

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Fernando Arancibia Meza, abogado, por las demandantes en autos caratulados "Demanda de Fundación Chile Ciudadano y otro contra VTR B.A. Chile S.A." Rol N° 168-08 Contencioso, al H. Tribunal respetuosamente digo:

Conforme lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley N° 211, vengo en interponer recurso de reclamación, para ante la Excma. Corte Suprema, en contra de la Sentencia N° 98/2010, de 18 de marzo de 2010, que acogió las excepciones de falta de legitimación activa de la Fundación Chile Ciudadano y de prescripción, opuestas por la demandada y que rechazó la demanda de autos, con el fin de que la Excma. Corte enmiende conforme a Derecho la sentencia y en su lugar acoja en todas sus partes la demanda, con costas.

Los siguientes son los fundamentos de la reclamación:

I. Los Hechos

Fundación Chile Ciudadano, en adelante "la Fundación" y "RGB Producciones Digitales Limitada, en adelante "RGB", demandaron a VTR Banda Ancha (Chile) S.A., en adelante "VTR", porque abusando de su poder de mercado se apropió de excedentes del Canal Infonet de RGB, para luego excluirlo del mercado, reemplazándolo por su canal propio, Vive!TV.

El Canal Infonet, canal informativo que inició sus transmisiones en 1997 en la señal número 37 del operador de televisión por cable de Rancagua TV Cable Visión S.A., propiedad de VTR Hipercable, fue el primer canal que en el país proveyó, las 24 horas del día y los 365 días del año, información general de interés público para la audiencia local, avisaje publicitario también local, música, información sobre la programación de los restantes canales de la grilla del operador de TV cable y de los de televisión abierta, más audiovisuales de avance de esta programación, todo ello en una misma pantalla segmentada al efecto en sectores con transmisión

asincrónica (independiente) y con una calidad de imagen "broadcast" (de televisión, superior al video).

El enfoque regional y local de Canal Infonet, que posibilitó a los televidentes de Rancagua acceder, por televisión, a información y publicidad pertinente a su entorno, posibilitando con ello, a los avisadores locales, acceder a esos, sus clientes, por dicho valioso medio, resultó naturalmente exitoso, por lo que al año siguiente, 1998, Canal Infonet inició transmisiones, simultáneamente, en señales de VTR en Valparaíso, Viña del Mar, Reñaca, Con Con, Quilpué, El Belloto, Villa Alemana y Limache, localidades donde replicó aquel esquema, con información y publicidad local.

Muy pronto Canal Infonet sería transmitido en esas regiones no en una, sino en tres señales de VTR, para volver más tarde a una señal, pero ampliando su cobertura geográfica. Así, a las localidades referidas se sumaría Machalí, a partir de septiembre de 2001 Concepción, Temuco, Valdivia y Puerto Montt y una serie de otras localidades de las regiones del Bio-Bio, la Araucanía, Los Lagos y Los Ríos, y a partir de noviembre de 2002 Curicó, Talca, Chillán y Osorno. Y así continuarían las cosas hasta fines del año 2006.

El Canal Infonet, que en un comienzo fue pagado por VTR, tenía como fuente de ingresos, como todo canal de televisión, los pagos de los avisadores, en particular los avisadores locales, y en esto enfrentaba la competencia de los denominados "canales regionales", de los otros canales de televisión y aún del propio VTR, que incorpora avisaje suyo y de sus clientes en los canales de su grilla y que se había reservado, en particular, el derecho a hacerlo en Canal Infonet, además de la publicidad que incorpora en su revista institucional, la actual "Vive".

Pues bien, en la medida en que crecía el éxito de Canal Infonet, crecía también el interés de VTR por su negocio, de modo que a la exclusividad que impuso para sí, impidiendo que RGB pactase con otros operadores de televisión de pago, a la sazón, Metrópolis Intercom, sumó la disminución y luego el término de los pagos que ella hacía a Canal Infonet, hasta llegar a imponer su participación en los ingresos propios de RGB por avisaje publicitario (sin perjuicio de la obligación de

RGB de transmitir gratuitamente publicidad de VTR y sus clientes), todo lo cual consta en autos (véanse la serie de contratos entre RGB y VTR).

El mejoramiento constante de los términos de la relación para VTR, con el consiguiente empeoramiento para RGB, no obedeció a una menor apreciación de Canal Infonet. Por el contrario, en autos ha quedado acreditado el éxito de Canal Infonet, razón de su constante expansión geográfica.

La razón de dicha evolución (involución para RGB) estuvo en el creciente poder de mercado de VTR, que permitió imponer la exclusividad en su favor, impidiendo que RGB pactase con el único competidor existente en largo tiempo, Metrópolis Intercom, cuya absorción por VTR fue autorizada por el H. Tribunal por Resolución N° 01/2004, convirtiendo a VTR en monopolista y dejando a RGB en total dependencia.

De hecho, durante su relación con RGB, VTR intentó desarrollar un software que le permitiese emular el Canal Infonet para aplicarlo a su propio canal, entonces "TV Guía", hoy Vive! TV, y aún después del cese de transmisiones de Canal Infonet y del lanzamiento de Vive!TV, VTR "invitó" a RGB a explotar "en conjunto" el mercado de la publicidad local, como también consta en autos.

También es decidor que VTR, después de haber comenzado el proceso de unificación de su oferta con la de Metrópolis Intercom, omitiese informar a RGB, como lo hizo con los demás proveedores de contenidos, el cese de la exclusividad en su favor (cartas de 28 de abril y 27 de mayo de 2005), impuesto por la Resolución N° 01/2004, y que del proceso, que suponía la eliminación de los canales de menor interés para los usuarios, saliera airoso Canal Infonet, que siguió transmitiendo en todas las localidades.

En fin, después de la absorción de Metrópolis Intercom disminuyeron los escasos estímulos competitivos que tenía VTR y sí, logró desarrollar un canal propio, Vive!TV que, aunque inferior a Canal Infonet, podía estimarse un sucedáneo, motivo por el cual procedió a culminar la serie de abusos en contra de RGB e intempestivamente le informó, el 20 de octubre de 2006, por teléfono, que ese

mismo día cesarían las transmisiones para ciertas ciudades y que el 31 de diciembre cesarían para las restantes, lo que fue corroborado por carta de 24 de octubre de 2006.

Por eso, no extrañó que en febrero de 2007 VTR anunciase el inicio de transmisiones de su canal propio Vive!TV, que definió como un canal de servicios de contenido programático y que pasó a ocupar el mismo lugar de la grilla que antes ocupaba Canal Infonet en las localidades en que transmitía, o sea, un sustituto, de inferior calidad, eso sí, pero esto poca importancia tiene para un monopolista.

A mayor abundamiento, la eliminación de Canal Infonet de la grilla de VTR no obedeció a preferencias de los usuarios, ni menos de los avisadores, pues este elemento le era favorable y apreciado por VTR, como se comprueba, entre otros antecedentes, con los testimonios de don Erwin Molina, que anunciaba sus servicios médicos en Infonet y que luego fue captado por Vive!TV, con un menor nivel de satisfacción, y de don Julio César Díaz, del Instituto Profesional La Araucana, de Curicó, en igual sentido.

Esa eliminación tampoco obedeció a escasez de espacios en la grilla de VTR, pues ésta mantuvo canales disponibles en buena parte de las localidades en que transmitía Canal Infonet, de carácter local, como se acreditó.

La violenta eliminación de Canal Infonet obedeció, evidentemente, a su reemplazo por el canal propio Vive! TV, como por lo demás fue ratificado en absolución de posiciones por el representante de VTR, según consta en autos.

Estos hechos fueron debidamente acreditados en el proceso con, entre muchos otros antecedentes, el Estudio sobre el Canal Infonet de Concepción (demanda), los documentos acompañados a fs. 855, como el artículo de Revista Vive de 2007, los contratos entre RGB y VTR, los correos electrónicos y la carta de octubre de 2006 remitidos por VTR a RGB, las facturas emitidas por RGB a VTR, los contratos de RGB con terceros para transmitir publicidad, el listado de reclamos de clientes de VTR, los demás documentos acompañados en autos, los testimonios rendidos, en

especial los de don Erwin Molina (fs. 1343) y don Julio César Díaz (fs. 1390) y la absolución de posiciones de VTR (fs. 1355).

Estos hechos, así acreditados, afectaron seriamente la libre competencia, infringiendo el artículo 3º del Decreto Ley N° 211 y la Resolución N° 01/2004, y ameritando ponerles fin, restableciendo la situación de Canal Infonet anterior a ellos y aún ordenando la desintegración, en VTR, de los negocios de operador de televisión por cable y de proveedor de contenidos y espacios publicitarios en televisión, amén de la correspondiente multa, con costas.

No obstante, la Sentencia N° 98/2010 rechazó en todas sus partes la demanda, no sin antes acoger las excepciones contrarias de falta de legitimación activa de la Fundación y de prescripción, basada en un análisis que revela una inadecuada apreciación de las normas de la sana crítica y una incorrecta aplicación del Derecho.

II. Legitimación activa de la Fundación

Según dispone el artículo 20 del Decreto Ley N° 211, refiriéndose al procedimiento sancionatorio por infracciones a la normativa sobre libre competencia (artículos 19 y 18 N° 1), "El procedimiento podrá iniciarse por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o por demanda de algún particular...". Como se aprecia, la norma no requiere que el actor sea víctima o víctima directa de la infracción, bastándole que sea un particular, lo cual es natural, por cuanto el anticompetitivo es un ilícito administrativo sancionatorio, siendo el bien jurídico protegido, la libre competencia, parte integrante del orden público económico, cuya protección importa a la sociedad toda. De ahí que exista, al respecto, acción pública.

La jurisprudencia pertinente es prácticamente unánime. En efecto, la antigua H. Comisión Resolutiva jamás restringió el derecho a accionar, admitiendo a litigar a particulares más allá de las "víctimas directas", incluso asociaciones gremiales y corporaciones (causas Rol C Nos. 03-2004 y 09-2004, en [ww.tdlc.cl](http://www.tdlc.cl), v.gr.) y tampoco lo hicieron ni el H. Tribunal, ni la Excma. Corte, como demuestra, entre otros, la Resolución de 3 de noviembre de 2005, recaída en los autos de ese H.

Tribunal Rol C N° 73-2005 y acompañada a éstos (fs. 307), autos que por lo demás culminaron con la Sentencia N° 41/2006, que fue ratificada por la Excma. Corte Suprema por Sentencia de 28 de diciembre de 2006, Rol N° 4355-2006, ocasión en que la Excma. Corte no sólo estimó admisible, sino que acogió en parte, aumentando la multa impuesto al infractor, el Recurso de Reclamación interpuesto por esta misma Fundación.

Aún más, ni siquiera la Fiscalía Nacional Económica ha pretendido el monopolio parcial de la acción que pretende otorgársele, señalando al efecto que si bien "... el artículo 39 letra b) pone de cargo de la Fiscalía la representación del interés general de la colectividad, acorde con la naturaleza infraccional, sancionatoria, del Derecho de la Competencia", "...lo anterior no implica perjuicio alguno al derecho de acción de los particulares, menos aún cuando, conforme al artículo 20 del Decreto Ley N° 211, en esta sede tiene acción, además de la Fiscalía, el directamente afectado y, aún, la ciudadanía toda, desde que existe una suerte de acción popular, según consta en la discusión parlamentaria que diera origen a la Ley N° 19.911, última reforma al Decreto Ley N° 211." (informe al H. Tribunal, de 29 de diciembre de 2008, en autos Rol C N° 169-2008, pág. 8, en [http://mailweb.fne.gob.cl/db/jurispru.nsf/60e31f9065c2d5a38425733e005df9fa/04E1576F5166ED9F8425753600645591/\\$FILE/INF.%20TDL-011-2008.pdf](http://mailweb.fne.gob.cl/db/jurispru.nsf/60e31f9065c2d5a38425733e005df9fa/04E1576F5166ED9F8425753600645591/$FILE/INF.%20TDL-011-2008.pdf)).

No puede ser de otro modo, estando comprometida la libre competencia y con ella el orden público económico. Así lo entendió el propio legislador, al punto que estimó innecesario aclararlo, dejando eso sí expresa constancia de la existencia de acción popular, como consta en las actas de la historia de la Ley 19.911, de 2004, modificatoria del Decreto Ley N° 211, también acompañadas a estos autos (fs. 307, Acta de sesión 37ª del H. Senado de la República, de 1 de abril de 2003).

Sin embargo, en su Sentencia, el H. Tribunal sí califica al particular que según la ley puede accionar, declarando que éste debe reunir la calidad de "sujeto pasivo inmediato de una conducta determinada que pueda constituir una infracción", debiendo entonces, explica, tratarse de un "agente económico (que) pueda ser considerado víctima directa..., ha de participar actual o potencialmente en el mercado..." (considerando 18º), pues si bien estas infracciones "atentan en contra

del orden público en materia económica”, afectando a “la comunidad toda, su persecución en esta sede, a nombre de la sociedad, está entregada a la Fiscalía Nacional Económica, de acuerdo a lo prescrito en los artículos 1º, 2º y 3º letra b, del decreto Ley N° 211”.

La verdad es que ninguna de las normas citadas por el H. Tribunal limita el derecho accionar de los particulares. En efecto, el artículo 1º determina el objeto de la ley, el 2º encarga su aplicación al H. Tribunal y a la Fiscalía y el 3º letra b) faculta a ésta actuar como parte en juicio, en representación del interés general de la colectividad en el orden económico, tal y como el Código Penal, el Orgánico de Tribunales y el Procesal Penal fijan el objeto de la ley penal y encargan su aplicación a los Tribunales de Justicia y al Ministerio Público, sin que ello implique menoscabo al derecho a accionar de los particulares, salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, no en beneficio del Estado ni menos del ofensor, sino que de la víctima, atendida la naturaleza del ilícito.

En definitiva, la Sentencia N° 98/2010 incurrió en un error de Derecho al acoger la excepción de falta de legitimación activa de la contraria.

Ahora bien, como es probable que la contraria persista ante la Excma. Corte Suprema con la pretensión formalista de excluir a la Fundación como contraparte, añadiendo a sus argumentos la supuesta admisibilidad de su reclamación por negativa de legitimación, resulta pertinente consignar que al acoger la excepción, el H. Tribunal, por fuerza, ha rechazado la demanda de la Fundación, absolviendo así a la contraria de la aplicación de las medidas contempladas en el artículo 26 que allí se le requerían, con lo que se cumple el requisito de admisibilidad del recurso de reclamación establecido en el artículo 27 del Decreto Ley N° 211, estando asentado, con amparo en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley, que la Excma. Corte tiene atribuciones amplias para examinar todos los razonamientos jurídicos y económicos de la decisión, revisando y modificando ésta según estime conforme a Derecho (Sentencia de 27 de enero de 2009, Rol N° 4797-2008, referida al procedimiento del artículo 31, pero con argumentos comunes a toda reclamación).

Por ende, resulta pertinente que la Excma. Corte Suprema corrija este serio error de la Sentencia N° 98/2010, que negó legitimación activa a la Fundación, para en su lugar desestimar la excepción contraria, con costas.

III. Improcedencia de la prescripción

Conforme al inciso 3° del artículo 20 del Decreto Ley N° 211, "las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal."

El plazo en cuestión, excesivamente corto atendida la gravedad del ilícito anticompetitivo, comienza a contarse, naturalmente, desde que cesa la conducta ilícita, de modo que si su ejecución ha iniciado hace muchos años, pero no ha culminado aún, no hay prescripción, principio éste elemental que la Excma. Corte ha tenido ocasión de aplicar en esta sede. En efecto, en su Sentencia de 10 de octubre de 2007, Rol N° 3732-2007, la Excma. Corte declaró, rechazando el alegato de prescripción de una conducta consistente en cobros abusivos, que "el término debe contabilizarse desde la ejecución de las conductas, lo que en la especie ocurre día a día, mientras las requeridas mantengan el cobro abusivo".

Es lo que ocurrió en nuestro caso, pues VTR impuso cobros excesivos, exclusividad y otras condiciones abusivas en su relación con RGB y las mantuvo hasta el término de la misma, en diciembre de 2006, de modo que al interponerse el requerimiento, el 14 de julio de 2008 (notificado el 2 de septiembre del mismo año), no había transcurrido el plazo de prescripción legal.

Sin embargo, la Sentencia N° 98/2010 declara que, como "la modificación del último contrato entre las partes consta en un anexo que fue suscrito el 20 de noviembre de 2003" (considerando 27°), entonces "la última ejecución de la supuesta conducta anticompetitiva dataría del mes de noviembre de 2003" (considerando 29°), por lo que acoge la excepción de prescripción "en lo concerniente a los cargos relacionados con supuestos abusos anticompetitivos

realizados con ocasión de la celebración de los contratos" (considerando 30°).

La Sentencia, de esta manera, desconoce que normalmente estos ilícitos no se agotan en un solo acto de ejecución, sino que se ejecutan permanentemente, día a día, como expresara la Excma. Corte Suprema, lo que se ve facilitado cuando, como en el caso, la víctima depende del ofensor, lo que la imposibilita de reclamar, por todo lo cual resulta no sólo conforme a la ley, sino de toda justicia, que el plazo de prescripción de su acción comience a correr cuando la conducta ha cesado del todo.

Por estas razones, la Excma. Corte Suprema ha de enmendar la Sentencia N° 98/2010, resolviendo en su lugar desestimar la excepción de prescripción interpuesta por la contraria.

IV. Existencia de los ilícitos

Como se relató en el primer acápite de esta presentación, en autos quedó establecido que Canal Infonet fue crecientemente exitoso y por ello valorado por VTR, y que ésta fue apropiándose de sus ingresos, manteniendo cautiva a RGB, aprovechando al efecto su poder de mercado, el que se volvió incontrarrestable con la absorción de Metrópolis Intercom.

También quedó establecido que Canal Infonet, luego de la absorción de Metrópolis Intercom por VTR, pasó las pruebas de preferencias de los usuarios, existiendo disponibilidad de canales en la grilla fusionada en la mayor parte de las localidades, de modo que la eliminación de Canal Infonet, lejos de obedecer a algún parámetro objetivo, resultó motivada en la necesidad de introducir VTR, sin competencia, su canal propio Vive!TV, con perjuicio de RGB, de los avisadores y del público local.

Estas conductas de VTR constituyeron evidentes abusos de poder de mercado, sancionados por el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, pues este monopolista del mercado de plataformas de televisión de pago, con poder de mercado aún mayor de cara a canales con orientación local diferenciada, como el Canal Infonet,

aprovechándose de su poder de mercado, le fijó precios y condiciones de compra cada vez más onerosas, se apropió progresivamente de los ingresos propios de RGB y luego derechamente lo eliminó, reemplazándolo con su propio canal.

Estos abusos son particularmente graves, desde que los canales de televisión, a diferencia de los proveedores de supermercados u otros que han sufrido abusos similares, no ven definitivamente cerrada toda posibilidad de acceso a los consumidores finales en caso de terminar su relación, pudiendo acceder a ellos, al menos en teoría, a través de un competidor del abusador. No ocurre lo mismo aquí, porque terminar la relación con VTR implica para un canal de televisión no acceder del todo a los televidentes (al menos a más del 80% de ellos), esenciales para proveer a los avisadores, lo que fue particularmente cierto en el caso de Canal Infonet y en las localidades en que operaba, cautivo por la exclusividad primero y por la fusión con Metrópolis Intercom después.

Más grave todavía, estas infracciones conllevan incumplimientos a deberes específica y especialmente establecidos por el H. Tribunal para VTR al autorizar su fusión con Metrópolis Intercom, ocasión en que, por medio de la Resolución N° 01/2004, le prohibió abusar de su poder de compra con los canales de televisión fijando condiciones no competitivas o, incluso, negando injustificadamente la compra, así como desmejorar la calidad programática, todo lo cual realizó con motivo del estrangulamiento y posterior sustitución de Canal Infonet por su canal Vive!TV.

Sin embargo, la Sentencia N° 98/2010, absolvió del todo a VTR. Para ello, primeramente, como se expuso, acogió las excepciones opuestas por VTR, de modo que desechó íntegramente la demanda de la Fundación y cercenó la de RGB, omitiendo por ende pronunciarse sobre las conductas explotativas de la posición dominante de VTR, aquellas relativas a la imposición de exclusividad y a la apropiación de ingresos de RGB. Enseguida, y como aún pervivía la imputación de abuso exclusorio, esto es, la injustificada sustitución de Canal Infonet por Canal Vive!TV, la sentencia se ocupó de despojar todo asomo de poder de mercado de VTR.

Para ello, la sentencia acogió la tesis de VTR conforme a la cual resulta necesario distinguir entre "canales de contenido" y "canales de servicio", en atención, refiere la sentencia, a "las diferencias en el tipo de contenido que transmiten. En efecto, en el caso de los canales de contenido que contrata el operador de televisión pagada, son los proveedores quienes desarrollan o adquieren programación de distintos géneros (cine, series, deporte, música, noticias, infantiles, entre otros) y los agrupan dentro de un canal con el fin de captar la audiencia de los espectadores y cubrir las preferencias de programación de los distintos segmentos de clientes. En cambio, la información entregada por RGB en el canal Infonet para su difusión, tiene como objetivo principal informar a los clientes del operador de televisión de pago acerca de la programación ofrecida en la grilla de éste último y, adicionalmente, transmitir publicidad local. Además, cabe tener en cuenta que parte de la información exhibida en la frecuencia de Infonet era entregada por VTR, a diferencia de lo que ocurre con los llamados canales de contenido." (considerando 41°).

Esta diferenciación tiene consecuencias, anota la sentencia, pues mientras los canales de contenido sólo son demandados por operadores de televisión, los de servicio y en particular Infonet, "pueden ser demandados por diversas plataformas, no limitándose las posibilidades de oferta únicamente a los proveedores de televisión por cable" (considerando 42°), para lo cual el sentenciador se apoya, básicamente, en lo señalado por VTR, que al efecto refiere a los canales de televisión abierta, los circuitos cerrados de televisión y las páginas web en internet (considerando 46°), de modo que el mercado sería el de los servicios técnicos audiovisuales, donde "VTR no es el único potencial demandante", ni tampoco "existen en autos antecedentes que permitan sostener que VTR ostente un poder de compra tal en el mercado en cuestión, que le otorgue una posición de dominio" (considerando 51°), aunque si la tuviere "no constituiría un atentado a la libre competencia, la que sólo se podría ver afectada si RGB hubiese sido excluida de un mercado en el que VTR -gracias a tal acción- pudiera alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, lo que claramente no ocurre en la especie..." (considerando 52°).

Veamos. Lo que el H. Tribunal está diciendo es que Canal Infonet, que fue denominado siempre por VTR así, como canal de televisión, incluido en su revista entre los canales locales, según consta, entre otros muchos antecedentes, en los contratos que celebraron y en la revista en cuestión, que transmitió al efecto, en una señal de televisión, contenidos audiovisuales, programación del resto de la grilla de VTR, es verdad, pero también y por sobre todo información pública de utilidad local (pronóstico del tiempo, teléfonos de emergencia y otros por el estilo), música y avisaje de empresas locales, no era en realidad un canal de televisión, sino un canal de servicio, que es otra cosa, un continuo de imágenes y sonidos empaquetados que puede transmitir su contenido por señales abiertas de televisión, circuitos cerrados de televisión y por internet...

La verdad es que TVN, Chilevisión, History Chanel y todos los canales de televisión pueden calificarse como un continuo de imágenes y sonidos empaquetados y pueden transmitir su contenido, y de hecho lo transmiten, por señales abiertas de televisión, circuitos cerrados de televisión -como algunos califican al cable, con amparo formal en la Ley General de Telecomunicaciones- y por internet... y en general ninguno de ellos transmite, al menos no exclusivamente, contenidos propios, sino que de terceros, pudiendo ser ese tercero, porque no, VTR o una empresa de VTR. Bueno, Canal Infonet transmitía contenido de VTR, pero por imposición de ésta.

¿Qué acá se utilizaba un software? (considerando 35º) Pero si hoy por hoy prácticamente todos los canales de televisión operan así y ya no más con discos DVD, habiendo sido, entonces, RGB un precursor.

En todo caso, Canal Infonet, un canal informativo, no tenía ni pretendía tener el nivel de contenidos de la señal abierta de TVN, por ejemplo, pero cualquiera que haya visto ciertos programas de la televisión nacional o la televisión local que se transmite en algunas zonas del país convendrá en que es probable que un televidente prefiriese, a ciertas horas y quizá por largos lapsos, Canal Infonet. De hecho, y esto no ha sido rebatido en autos, Canal Infonet tenía un buen nivel de aceptación entre los clientes de VTR, y esto es lo pertinente al caso, de cara a las infracciones imputadas.

Reiteramos, éste es el punto, con mayor o menor riqueza de contenidos (¿quién califica esto? ¿El Consejo Nacional de Televisión?...), habiéndolos generado por medio de un software y pudiendo transmitir esos contenidos en otras plataformas, ambas cosas como cualquier otro canal de televisión, el hecho es que Canal Infonet era un canal de televisión, uno informativo, el único en su género, que fue exitoso y por eso amplió su cobertura a un sinnúmero de localidades, que por eso mismo fue cautivado por VTR, que se apropió de sus excedentes y trató de imitarlo hasta que lo sustituyó por un canal informativo propio, de menor calidad, aprovechándose de su poder de mercado e infringiendo con ello el Decreto Ley N° 211 y la Resolución N° 01/2004.

Desde otra perspectiva, interesa al caso el mercado del avisaje publicitario en televisión de pago, particularmente el avisaje local. Por eso es que la sentencia abandona se avoca también a analizar el mercado del avisaje publicitario, pero cuidando de mantener a salvo cualquier posición dominante de VTR, para lo cual incluye dentro del mismo mercado al avisaje en televisión de cable, televisión abierta, prensa escrita, radios y publicidad urbana, con lo cual la participación de mercado de VTR, a nivel nacional y presumiblemente local, queda subsumida en el ínfimo 2% de la televisión por cable (considerando 56°).

Esa ampliación del mercado relevante desconoce los hechos de la causa, que denotan el interés creciente de VTR por el negocio de RGB, hechos públicos y notorios, como la muy superior o al menos diversa valoración que los avisadores otorgan a la televisión y en particular la de pago, por sobre los otros medios, así como anteriores pronunciamientos del H. Tribunal y de la Excma. Corte Suprema.

En efecto, la causa está referida a un conflicto por el negocio de un canal de televisión informativo y sus ingresos por avisaje. La circunstancia de que exista avisaje en otros medios no genera un mercado del avisaje más amplio, porque es evidente que la televisión de pago es un bien superior o, al menos, diferente a todos los otros medios, incluso la televisión abierta, la radio y desde luego la prensa escrita y más aún la publicidad urbana, dadas las preferencias y el nivel de atención de los consumidores de los distintos bienes y servicios que se publicitan. De hecho, estas diferencias explican la existencia misma de la televisión.

Así lo entendió ese H. Tribunal cuando dictó la Resolución N° 01/2004, que expresamente consideró un mercado en sí mismo a la televisión de pago, negándose a incorporar en él a la televisión abierta y estableciendo condiciones, vulneradas aquí por VTR, destinadas a contener su poder de compra. Así lo entendió también cuando dictó la Resolución N° 20/2007, que diferenció el avisaje en televisión del avisaje en radios, constitutivos entonces de mercados diversos (considerando 29°), resolución ésta que fue confirmada por la Excma. Corte Suprema.

Ilustran muy bien el punto, esto es, la correcta determinación del o los mercados relevantes al caso y el incuestionable poder de mercado de VTR respecto de los canales de televisión, las demandas presentadas en su contra por Canal 13 y Chilevisión en los autos Rol C N° 154-08, que fueron tenidos a la vista, de oficio, por ese H. Tribunal, sin reparar, al parecer, en el tenor de esas demandas, en la conciliación producida entre Canal 13 y VTR, en el informe económico de Salvador Valdés Prieto y Juan Pablo Moreno Ayala y en el escrito por medio del cual la Fiscalía Nacional Económica se hizo parte (todos en <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=1412&GUID=>), todos los cuales que dan cuenta de aquel poder de mercado de VTR, susceptible de ser aprovechado en la competencia por el avisaje. Vale la pena reproducir el escrito de la Fiscalía, en lo pertinente:

“Las señales abiertas, las señales cerradas y los operadores de televisión de pago persiguen obtener las preferencias de los avisadores, de manera que ha de identificarse, desde ya, como producto, el constituido por los espacios publicitarios en señales de televisión... Ahora bien, se comprenderá que los avisadores preferirán contratar espacios publicitarios con las señales de televisión que aglutinen las preferencias de los televidentes con mayor poder adquisitivo, y resulta que éstos, en general, coinciden con los clientes de los operadores de televisión de pago, de manera que para los oferentes de espacios publicitarios en televisión, como son las señales abiertas, resulta forzoso acceder a la parrilla de los operadores de televisión de pago.... En consecuencia, el mercado relevante que se viene esbozando ha de acotarse al de los espacios publicitarios en señales de televisión incluidas en las parrillas de los operadores de televisión de pago...”

(página 5).

Agrega la Fiscalía que "Esa constatación conduce directamente a la identificación de un segundo mercado relevante al caso, cual es el de las parrillas de los operadores de televisión de pago, imprescindible para los oferentes de aquellos espacios publicitarios, las señales de televisión..." (misma página), a lo que añade que "El mercado de las parrillas de operadores de televisión de pago o, derechamente, de la televisión de pago, se encuentra, a su turno, fuertemente concentrado. En efecto, VTR presenta una participación del 76% en los hogares con servicio activo, Telefónica 10%, Telmex 4% y DirecTV 7%, formando la primera y la última, como se señaló, parte de un mismo grupo empresarial... Lo anterior, en el contexto de un mercado con condiciones de entrada desfavorables, determinadas por las exigencias de una alta escala mínima eficiente y la existencia de fuertes costos hundidos, como lo constató la Resolución N° 01/2004 de ese H. Tribunal." (página 8).

La Fiscalía concluye que las señales de televisión abierta están expuestas a "acciones de sabotaje -ubicación desmejorada en la parrilla, disminución de la calidad de retransmisión, intervención de la señal, etc-, destinadas a hacer menos atractivas las señales abiertas para el televidente y, por ende, para el avisador, desviando así la demanda y posibilitando la exclusión de las señales abiertas de esa parrilla..." (página 11).

Se comprenderá que si esos riesgos existen para las señales abiertas, con mayor razón existieron para Canal Infonet, cautivo de VTR.

Por eso es que la sentencia, finalmente, se hace cargo de justificar la sustitución de Canal Infonet por el canal propio de VTR, Vive!TV, haciendo suyas simples afirmaciones de VTR que colisionan con los hechos de la causa y que, aún sin tal colisión, vulneran la normativa aplicable, porque la necesidad de reincorporar otro canal (considerando 61°) es del todo inoponible a RGB y no purga la arbitrariedad ni el incumplimiento de la Resolución N° 01/2004; porque el ejercicio de derechos contractuales (considerando 62°) no es tal, pues no los tenía VTR -baste leer los contratos- y aún teniéndolos no puede ser legítimo si esos derechos son fruto del

abuso de poder de mercado y, aún sin ello, si vulneran la Resolución N° 01/2004; porque la "decisión empresarial de internalizar una prestación que estaba externalizada" (considerando 64°) es precisamente la causa de la ilicitud, desde que esa prestación constituía un negocio ajeno en el que VTR tenía vedado competir y, aún sin esa prohibición, del que no podía apropiarse abusando de su poder de mercado; y porque la voluntad manifiesta de reparar en parte el mal causado (considerando 63°) podrá eventualmente considerarse una atenuante de responsabilidad, pero es en sí misma prueba de la infracción y no todo lo contrario.

En consecuencia, la sentencia es del todo errónea, en los hechos y en el Derecho, pues ha quedado establecido en autos que VTR abusó de su poder de mercado, imponiendo exclusividad y apropiándose de ingresos propios del Canal Infonet, al que finalmente sustituyó por su canal propio, Vive!TV, con lo que infringió gravemente el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 y la Resolución N° 01/2004 de ese H. Tribunal.

POR LO TANTO,

AL H. TRIBUNAL SOLICITO, con el mérito de lo expuesto, de los antecedentes de autos y de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 20 y 27 del Decreto Ley N° 211, y en la Resolución N° 01/2004 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y demás normas aplicables, tener por interpuesto, para ante la Excma. Corte Suprema, recurso de reclamación en contra de la Sentencia N° 98/2010, con el fin de que esa Excma. Corte la enmiende conforme al mérito del proceso y a Derecho, disponiendo en lugar de aquella sentencia que se rechazan las excepciones opuestas por VTR y se acoge íntegramente la demanda, estableciendo las infracciones referidas, ordenando restablecer a Canal Infonet en la parrilla de VTR, en condiciones similares, excluidos los abusos, a las existentes antes de su exclusión, imponiendo a VTR el máximo de las multas que permite la ley o en la entidad que estime del caso la Excma. Corte y ordenando la desintegración vertical del negocio de operador de televisión de pago de VTR y los negocios de proveedor de contenidos y de espacios publicitarios para medios de comunicación televisivos, con costas.

