1.4

9759

BUTELMANN
CONSULTORES

EDUARDO DIEZ MORELLO
NOTARIO PUBLICO
K.V.
SANTIAGO

Informe

Objeto del juicio por incumplimiento de la Condición Quinta de la Resolución 1/2004 del TDLC

Carolina Horn Küpfer

22 de junio de 2017

1760
EDUARDO DIEZ MORELLO
NOTARIO PUBLICO
K.V.
SANTIAGO

Índice

Objeto y contenido 1

I. Antecedentes de hecho: la Condición Quinta de la Resolución 1/2004 y la terminación del Contrato 1

II. La función de las condiciones conductuales impuestas por el TDLC 2

III. El objeto del juicio por incumplimiento de condiciones del TDLC 3

IV. Aspectos o elementos irrelevantes en un juicio por incumplimiento de condiciones: Defensas improcedentes 4

- **a. Variaciones en las condiciones de competencia consideradas al imponer una condición:** 4
- **b. Ausencia de poder de mercado del obligado a la fecha del incumplimiento:** 5
- **c. Innecesariedad de las condiciones:** 6
- **d. Ausencia de efectos anticompetitivos del incumplimiento:** 6

V. Vigencia y forma de modificar o alzar las obligaciones impuestas por el TDLC 6

VI. Interpretación de la Condición Quinta 7

- **a. Elemento gramatical** 8
- **b. Elemento sistemático** 8
- **c. Elemento histórico** 9
- **d. Criterio teleológico, finalista o funcional** 10

VII. Algunas consideraciones respecto de la concurrencia de las conductas prohibidas por la Condición Quinta 12

VIII. Algunas consideraciones respecto de las justificaciones 13

Conclusiones 14

1761

EDUARDO DIEZ MORELLO NOTARIO PUBLICO K.V. SANTIAGO

Objeto y contenido

En atención a la terminación efectuada en diciembre de 2015 por VTR[1] del "*Contrato de Distribución y Exhibición de Materiales Televisivos entre TVI y VTR*" y a la existencia de una regla especial de conducta aplicable a VTR respecto de terceros programadores contenida en la Resolución 1/2004 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, TDLC), se nos ha solicitado informar respecto del objeto del proceso infraccional por incumplimiento de condiciones y de los requisitos que deben verificarse para tener por incumplida esa regla (en adelante, la Condición Quinta).

Para ello, se identificarán los hechos que motivan el juicio seguido por Televisión Interactiva S.A. (en adelante, TVI) contra VTR ante el TDLC (sección I), la función de las condiciones impuestas por el TDLC (sección II), el objeto de un juicio por incumplimiento de tales condiciones (sección III) y las defensas improcedentes o elementos impropios de los juicios por incumplimiento (sección IV).

Luego, se explicará la vigencia de la Condición Quinta y el procedimiento idóneo para modificar las condiciones impuestas por el TDLC (sección V).

A continuación, se identificarán las conductas prohibidas por la Condición Quinta, acudiendo a los distintos elementos de interpretación aplicables (sección VI).

Finalmente, se presentan algunas consideraciones respecto de la forma como los hechos que fundamentan la demanda permiten configurar el incumplimiento de la Condición Quinta (sección VII), y a la ausencia de las justificaciones o causales de término aducidas por VTR después de la terminación (sección VIII).

I. Antecedentes de hecho: la Condición Quinta de la Resolución 1/2004 y la terminación del Contrato

La Resolución 1/2004 aprobó la fusión entre Metrópolis Intercom S.A. y VTR S.A. en virtud del procedimiento establecido en el artículo 31º del D.L. Nº 211, sujeta a ocho condiciones conductuales[2] (en adelante, Resolución 1/2004).

Las partes no dedujeron recursos y, tras declararse inadmisible un recurso de terceros, esa Resolución quedó ejecutoriada el 24 de marzo de 2005 (fecha en que se notificó a las partes la resolución que la ordenó cumplir).

La Condición Quinta fue propuesta por la Fiscalía Nacional Económica, aceptada por las partes e incorporada a la Resolución 1/2004, en los siguientes términos:

> *"**QUINTA**. Se **prohíbe** a la empresa fusionada **usar** su poder de mercado sobre terceros programadores que vendan señales o producciones de TV pagada,*

[1] Empresa resultante de la operación de concentración entre Metrópolis Intercom S.A. y VTR S.A., incluyendo a cualquiera de las personas relacionadas a ésta y que son obligadas por la Resolución 1/2004 del TDLC.

[2] Dentro de la categoría de "remedios conductuales" consideramos incluidas las obligaciones de conducta que limitan fuertemente los derechos de propiedad, tales como obligaciones de acceso y licenciamiento forzoso, que algunos autores españoles y la Fiscalía Nacional Económica en su Guía de Remedios 2017 denominan "cuasi-estructurales".

EDUARDO DIEZ MORELLO
NOTARIO PUBLICO
K.V.
SANTIAGO

*para **negar injustificadamente** la compra, u **ofrecer por ellas un precio que no tenga relación con las condiciones de competencia del mercado**"*

TVI es un productor nacional de cuatro señales de TV pagada: VÍA X, ZONA LATINA, ARTV y VÍA X HD. El "Contrato de Distribución y Exhibición de Materiales Televisivos entre TVI y VTR", suscrito el 4 de noviembre de 2013, fue el último de los contratos en virtud de los cuales TVI comercializaba dichas señales a VTR.

El Contrato contaba con un plazo de vigencia hasta el 31 de septiembre de 2018, sin perjuicio de sus causales de terminación anticipada[3].

Mediante carta de 3 de diciembre de 2015, VTR manifestó su intención de poner término al Contrato de manera anticipada, unilateral y sin expresión de causa (en adelante, la Carta de Término).

VTR invocó el párrafo 4.1 del Contrato que no contempla la posibilidad de término unilateral anticipado y sin expresión de causa, sino que exige una *"previa evaluación de la mutua conveniencia de mantener vigente el contrato"*.

No obstante, y tal como estableció el Juez Civil, la Carta de Término *"dio **inicio** al procedimiento de negociación"*[4]. Es decir, no estuvo precedida del mismo y no puede entenderse que dicha negociación se haya llevado a cabo *"dentro de un plazo razonable previo a la terminación del contrato"*.

Frente a la negativa de TVI a aceptar menos que lo pactado y a que no se concedieron o se alzaron las medidas cautelares solicitadas por TVI destinadas a impedir el retiro de las señales en cuestión de la grilla programática, ellas fueron reemplazadas.

II. La función de las condiciones conductuales impuestas por el TDLC

Cuando el TDLC impone condiciones en ejercicio de su "potestad consultiva" establecida en el artículo 18º Nº 2 del D.L. 211, establece obligaciones de hacer o no hacer a quienes se proponen ejecutar un determinado hecho, acto o convención[5].

La función de las condiciones es condicionar el actuar de los agentes económicos que son parte en un hecho, acto o contrato sometido a consulta para que este último se ajuste a las normas de defensa de la libre competencia.

El TDLC ha impuesto condiciones para el perfeccionamiento de operaciones de concentración en ejercicio de esa potestad en diversas oportunidades[6]. En el derecho comparado, las condiciones para el perfeccionamiento de operaciones de

---

[3] La procedencia de causales de terminación a la luz del Contrato está siendo discutida por TVI en sede arbitral. No obstante, su eficacia como mecanismo de terminación contractual a la luz de la Resolución 1/2004 es de la competencia del TDLC.

[4] Resolución de del 22ºJuzgado Civil de Santiago de fecha 8 de abril de 2016, en causa Rol C-4469-2016

[5] Esas obligaciones son, según ha dicho el TDLC: potestativas, no sancionatorias, limitadoras de derechos, pero que no resuelven un conflicto entre partes ni realizan un juicio de reproche frente a la existencia de una eventual vulneración a la competencia.

[6] A partir de la entrada en vigor de la Ley 20.945, que estableció un nuevo procedimiento de control de operaciones de concentración, la potestad consultiva del TDLC excluye las operaciones de concentración.

EDUARDO DIEZ MORELLO
NOTARIO PUBLICO
K.V.
SANTIAGO
1763

concentración se denominan remedios, medidas de mitigación, soluciones o compromisos, y pueden ser de tipo estructural o conductual.

La Condición Quinta es una obligación o remedio de tipo conductual establecida por el TDLC como condición para hacer compatibles la fusión entre VTR y Metrópolis con las normas de defensa de la libre competencia.

En este sentido, la Guía de Remedios de la ICN señala que *"Los remedios no estructurales, usualmente denominados conductuales o de comportamiento, son remedios continuos diseñados para modificar o* ***constreñir la conducta futura*** *de las partes de una concentración"*[7].

En consecuencia, no puede sorprender que la Condición Quinta restrinja la libertad contractual de VTR o le imponga deberes de conducta particulares, adicionales a los aplicables a la generalidad de los agentes económicos. Esa es precisamente la función que cumplen las obligaciones o prohibiciones.

Desde luego, la prohibición de conducta contenida en la Condición Quinta -que entendemos como una prohibición de negar injustificadamente la compra de señales de terceros o de ofrecer por ellas precios infra competitivos- **es usual** en el contexto de operaciones de concentración que entrañan riesgos verticales de exclusión o discriminación de competidores, como los identificados por la Resolución 1/2004.

III. El objeto del juicio por incumplimiento de condiciones del TDLC

El incumplimiento de condiciones impuestas por el TDLC constituye una infracción autónoma, que no exige la materialización del riesgo que tales medidas buscaron prevenir, lo que ya quedó resuelto en la decisión que las impuso (en este caso, la Resolución 1/2004).

El TDLC ha sido claro en cuanto a que el juicio por incumplimiento de condiciones o medidas tiene sólo dos objetos: (i) verificar si el agente económico ha cumplido las medidas impuestas; y, (ii) determinar la culpabilidad del agente económico en la infracción (Consideración Séptima de la Sentencia 147/2015).

Con respecto a la antijuridicidad de los incumplimientos, incluso antes de la reciente reforma legal que contempla expresamente el incumplimiento de condiciones o medidas como infracción[8], el TDLC sostenía que el incumplimiento de obligaciones de hacer o de no hacer impuestas como condición en una resolución dictada en ejercicio de la potestad consultiva (DL Nº 211, arts. 18º Nº 2 y 31º) supone *prima facie* la comisión de una conducta contraria a la libre competencia (Consideración Quincuagésima y Quincuagésima Primera de la Sentencia 117/2011).

Con respecto a la culpabilidad, el TDLC señaló que la culpabilidad del agente económico al que se le imputa el incumplimiento ha de juzgarse de acuerdo con un criterio de culpa infraccional. Ello significa que la mera inobservancia de una medida conductual o

---

[7] Traducción libre de "*Non-structural remedies, often referred to as "conduct" or "behavioral" remedies, are ongoing remedies that are designed to modify or constrain the future conduct of merging firms*". ICN, Mergers Remedies Guidance, 2016, pág. 8.

[8] Ver artículo 3º bis del D.L. Nº 211, introducido por la Ley 20.945.

1764

EDUARDO DIEZ MORELLO NOTARIO PUBLICO K.V. SANTIAGO

estructural permite presumir la culpa, aunque es admisible prueba en contrario (Consideración Octava de la Sentencia 147/2015[9]). Por su parte, la Corte Suprema, conociendo de los respectivos recursos de reclamación, señaló que la imputación del incumplimiento de una medida -en ese caso consistente en la orden de ejecutar determinados actos- constituye una hipótesis de culpa por omisión, de manera que la culpa debe probarse[10].

En consecuencia, el juicio por incumplimiento sólo tiene por objeto determinar si el agente económico (en este caso, VTR) incumplió culpablemente las medidas.

IV. Aspectos o elementos irrelevantes en un juicio por incumplimiento de condiciones: Defensas improcedentes

Es frecuente que, como en el caso seguido entre TVI y VTR, el demandado o requerido por incumplimiento de condiciones impuestas por el TDLC, aduzca defensas vinculadas a la variación de las condiciones de competencia, la ausencia de poder de mercado a la fecha del incumplimiento, la innecesaridad de la obligación incumplida para prever algún riesgo anticompetitivo, o la aptitud o eficacia del incumplimiento para afectar la libre competencia. Todas esas defensas son **impropias** de un juicio por incumplimiento.

a. Variaciones en las condiciones de competencia consideradas al imponer una condición:

El TDLC ha descartado expresamente que en el juicio por incumplimiento pueda discutirse respecto a la variación de las condiciones de competencia tenidas en consideración al imponer las medidas, y particularmente que el mercado de TV pagada pueda ser en la actualidad más competitivo que al tiempo de imponerse las medidas establecidas en la Resolución 1/2004:

"Octogésimo: [...] los argumentos reproducidos en el razonamiento precedente [que el demandado no ha afectado la libre competencia en el mercado nacional de la televisión pagada, que es sustancialmente más competitivo que el existente al momento de imponerse la condición] debieron haber sido presentados a esta magistratura en la ocasión y en el momento adecuados para tal fin, que no eran otros que el de una solicitud, ***vía una nueva consulta*** *en aplicación de los artículos 18 Nº 2 y 31 del D.L. N°211, orientada a obtener el alzamiento o la modificación de la Condición Primera, toda vez que, tal como se ha dicho en las consideraciones Vigésimo Primera a Vigésimo Cuarta de*

---

[9] "Octavo. Que en lo que respecta a la determinación de la culpabilidad del agente económico, debe tenerse presente que las medidas conductuales o estructurales impuestas por este Tribunal constituyen **deberes de conducta** destinados precisamente a mitigar los riesgos o las lesiones a la libre competencia causados por el hecho, acto o convención revisado. A juicio de este Tribunal, para que el incumplimiento de una medida sea culpable y, en consecuencia, sancionable, el sujeto obligado debe tener la capacidad o posibilidad efectiva de cumplirla. En otras palabras, corresponde sancionar al sujeto que incumplió total o parcialmente la medida pudiendo haberla cumplido y exculpar a aquél a quien le resultó imposible cumplir. Para estos efectos, la culpabilidad del agente económico al que se le imputa **el incumplimiento de una medida impuesta por este Tribunal ha de juzgarse de acuerdo con un criterio de culpa infraccional. Ello significa que la mera inobservancia de una medida conductual o estructural permite presumir la culpa, aunque es admisible prueba en contrario**".

[10] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 14 de septiembre de 2016, en causa Rol N° 821-2016.

EDUARDO DIEZ MORELLO
NOTARIO PUBLICO
K.V.
SANTIAGO
1760

la presente sentencia, ***la única manera jurídicamente procedente*** *de dejar sin efecto o de modificar una condición impuesta con motivo de una consulta es* ***mediante otra*** *en que se solicite tal término o modificación sobre la base de nuevos antecedentes, pudiendo contar para ello -durante el procedimiento no contencioso respectivo- con la opinión de todos aquellos actores del mercado que quisieran intervenir en el mismo.*

Lo anterior encuentra su fundamento jurídico en el artículo 32 del D.L. Nº 211, pues el afectado por una condición dictada en un procedimiento no contencioso podrá liberarse de responsabilidad infraccional por su incumplimiento ***sólo en la medida que exista un nuevo pronunciamiento de este Tribunal, sobre la base de nuevos antecedentes, que modifique o ponga término a dicha condición****, lo que no ha ocurrido en la especie.*

De no seguirse este criterio, por lo demás, se generaría el ***incentivo perverso*** *de que los afectados por una condición dictada en sede no contenciosa podrían burlarla simplemente estableciendo por su cuenta -en virtud de una especie de autotutela- que las circunstancias del mercado ya no son las mismas que se tuvieron en cuenta para imponerla; decidiendo en consecuencia no cumplir con la condición -infringiendo de esta manera el artículo 3º del DL Nº 211-; esperar a ser requeridas y, si es que ello ocurre, intentar desvirtuar en el curso del procedimiento contencioso correspondiente la presunción de antijuridicidad contenida en el incumplimiento de la referida condición."* (Sentencia 117/2011).

b. Ausencia de poder de mercado del obligado a la fecha del incumplimiento:

En su más reciente sentencia recaída en un juicio en el que se imputaba el incumplimiento de una medida, el TDLC señaló:

"Septuagésimo noveno: Que atendido que el examen que sigue está destinado a determinar si las demandadas, individualmente consideradas, han infringido lo ordenado por la Excma. Corte Suprema en la Sentencia, el análisis de cada una de las conductas demandadas señaladas en la consideración anterior, no requiere seguir cada uno de los pasos que habitualmente se utilizan para determinar si un agente económico ha incurrido en una conducta unilateral anticompetitiva. ***Por ejemplo, para efectos del análisis que sigue (y únicamente para tales efectos), es posible soslayar la necesidad de acreditar que las firmas tengan un poder de mercado sustancial, atendida la obligatoriedad de los términos impuestos por la Sentencia****. De hecho,* ***la propia Sentencia asume tal calidad*** *en términos "colectivos" (en su consideración octava), calidad que, sin embargo, no ha sido acusada de esa forma en autos. Por lo señalado, respecto de cada conducta el escrutinio no se efectúa siguiendo necesariamente el análisis tradicional"* (Sentencia 156/2017).

Nótese que en el juicio que dio origen a esta sentencia no sólo se imputaba un incumplimiento, sino también otras infracciones (e.g. estrangulamiento de márgenes). Ello explica la frase en paréntesis, que significa que para los efectos de establecer incumplimiento es innecesario acreditar poder de mercado.

1766
EDUARDO DIEZ MORELLO
NOTARIO PUBLICO
K.V.
SANTIAGO

c. Innecesariedad de las condiciones:

Los procedimientos por incumplimiento de condiciones tampoco tienen por objeto discutir sobre la necesidad de dichas medidas para la conformidad de un hecho, acto o convención con las normas de libre competencia. En este sentido, el TDLC señaló:

"Sexto. Que el juicio contencioso en el que se discute el eventual incumplimiento de las medidas impuestas o aprobadas por una resolución de este Tribunal ***no tiene por objeto discutir sobre la necesidad de dichas medidas para que el respectivo hecho, acto o convención se conforme con las disposiciones del D.L. N° 211****, pues tal cuestión fue objeto del respectivo procedimiento de consulta o de acuerdo extrajudicial, según haya sido el caso. En efecto, sólo es procedente dejar sin efecto o modificar una medida preventiva o correctiva si se solicita un pronunciamiento de este Tribunal basado en la acreditación de nuevos antecedentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32º del D.L. Nº 211"* (Sentencia 147/2015).

d. Ausencia de efectos anticompetitivos del incumplimiento:

La afectación de la libre competencia por medio de la ejecución de la conducta prohibida por una condición tampoco es objeto del proceso por incumplimiento, ya que ello quedó resuelto en la resolución que las impone. Al respecto señala el TDLC:

"Centésimo decimosexto. Que este Tribunal ya ha señalado que, si se imponen condiciones a una operación de concentración materializada, es porque se estima que los riesgos para la libre competencia son eliminados o mitigados con las medidas decretadas. Por ello, mientras no se dé cumplimiento a las mismas, la operación consultada no se ajustará a las normas del D.L. Nº 211 (consideraciones Quinta a Sexta).

En consecuencia, ***el presente proceso no tiene por objeto discutir si el incumplimiento de las medidas correctivas impuestas por este Tribunal afecta la libre competencia, lo que ya quedó resuelto en la Resolución Nº 43/2012****, sino si la requerida incumplió culpablemente las medidas."* (Sentencia 147/2015).

En suma: En un juicio por incumplimiento de la Condición Quinta no es procedente que el demandado o requerido se exima de responsabilidad aduciendo que han variado las condiciones de competencia consideradas en la Resolución 1/2004, que VTR no tendría poder de compra, que las condiciones incumplidas no son necesarias, o que el incumplimiento no afecta la libre competencia.

El TDLC ha resuelto que todas estas alegaciones no son materia del juicio por incumplimiento, sino de un procedimiento distinto destinado a modificar o alzar las condiciones impuestas, de acuerdo con el artículo 32º del D.L. Nº 211.

V. Vigencia y forma de modificar o alzar las obligaciones impuestas por el TDLC

La improcedencia de las defensas indicadas (sección IV) en el juicio contencioso por incumplimiento no significa que las medidas establecidas por el TDLC sean inmutables o perpetuas.

1767
EDUARDO DIEZ MORELLO
NOTARIO PUBLICO
K.V.
SANTIAGO

Las obligaciones conductuales que no están sometidas a un plazo de duración (como la Condición Quinta) permanecen vigentes mientras no sean modificadas o dejadas sin efecto en virtud de una nueva resolución del TDLC que así lo disponga de acuerdo con lo establecido en el artículo 32º del D.L. Nº 211, esto es, en un nuevo procedimiento orientado a ello, sobre la base de nuevos antecedentes, y sólo desde que la nueva resolución quede firme, es decir, jamás con efecto retroactivo[11].

La consideración octogésima de la Sentencia 117/2011 es categórica en cuanto a que la **única vía jurídicamente procedente para dejar sin efecto o modificar una obligación o condición** impuesta para la conformidad de un hecho, acto o convención con las normas de libre competencia, es mediante un **nuevo procedimiento** seguido conforme a los artículos 18º Nº 2 y 31º del D.L. Nº 211, orientado a obtener el alzamiento o modificación sobre la base de nuevos antecedentes.

Esa es la única oportunidad y procedimiento en que pueden presentarse, discutirse y considerarse las argumentaciones indicadas (Sección IV).

Por eso, el demandado o requerido por incumplimiento "*podrá liberarse de responsabilidad infraccional por su incumplimiento sólo en la medida que exista un nuevo pronunciamiento de este Tribunal, sobre la base de nuevos antecedentes, que modifique o ponga término a dicha condición, lo que no ha ocurrido en la especie*".

Los presupuestos de hecho de la prohibición se mantienen por expreso mandato legal mientras no hayan sido modificados en un procedimiento idóneo y el único procedimiento idóneo es el establecido en el artículo 31º. Es una vía procesalmente inidónea pretender hacerlo como defensa en un juicio por incumplimiento.

En suma: Si VTR ha dejado de tener una posición de dominio e incentivos exclusorios en el mercado de compra de señales o contenidos, necesariamente debió pedir que se deje sin efecto la condición impuesta en la Resolución 1/2004 según lo dispuesto en el artículo 32º del D.L. Nº 211 (variación de circunstancias). No lo hizo, y jamás puede hacerlo con efecto retroactivo.

VI. Interpretación de la Condición Quinta

La Resolución 1/2004 dio por establecidos como indubitados dos hechos que justificaron imponer la Condición Quinta: (i) la circunstancia de que Liberty (controladora de VTR) estaba relacionada con los principales proveedores de contenido a nivel mundial; y, (ii) la posición dominante o poder monopsónico que adquiría o reforzaba VTR producto de la operación en relación con terceros proveedores de señales nacionales o independientes.

El poder monopsónico de la empresa fusionada y sus incentivos a excluir proveedores independientes quedaron establecidos en la Resolución 1/2004, como antecedentes para imponer la aludida condición, que preveía o anticipaba el riesgo vertical de que

[11] Una norma análoga está contemplada en el derecho europeo. La *Remedies Notice* señala: "*Un cambio de los compromisos, en principio, sólo será efectivo* ex nunc. *Por lo tanto, una modificación de los compromisos no pondrá término retroactivamente a ninguna infracción de compromisos que se haya cometido antes de la modificación. En consecuencia, la Comisión, en su caso, podrá seguir persiguiendo una infracción de conformidad con los artículos 14 y 15 del Reglamento de concentraciones*".

VTR discrimine o excluya a proveedores de señales o contenidos no relacionados en la forma de negativa injustificada de compra y/o en el ofrecimiento de precios que no dicen relación con las condiciones del mercado (Resolución 1/2004, p. 43).

Por lo tanto, la Condición Quinta **prohibió** a VTR negar injustificadamente la compra de señales o contenidos de TV pagada provistos por terceros u ofrecer por ellas un precio sin relación con las condiciones de competencia del mercado.

Lo anterior, se desprende del conjunto de criterios o elementos interpretativos:

a. Elemento gramatical

El elemento gramatical es el primero no por ser el más importante, sino porque es el punto de partida de un intérprete.

Del lenguaje de la Condición Quinta se desprende con meridiana claridad que no es necesario probar la explotación abusiva por VTR de una posición dominante en el mercado, como exige -en cambio- la regla general contenida en la letra b) del artículo 3º del D.L. Nº 211.

Lo anterior es manifiesto del verbo "**usar**" empleado en la Condición Quinta, que es distinto de "tener" y "abusar" o de "explotar abusivamente" y que emana precisamente de que el poder de compra y los incentivos a excluir derivados de la integración vertical fueron hechos, antecedentes o circunstancias que dio por establecidos la Resolución 1/2004.

El poder de mercado de VTR sobre terceros programadores o productores de TV pagada opera como presupuesto o fundamento de la Condición Quinta, pero no forma parte del contenido material de la prohibición, que consiste en "negar [...]" u "ofrecer [...]".

b. Elemento sistemático

La Condición Quinta no debe considerarse en forma aislada, sino como parte de un sistema u ordenamiento jurídico que se presupone coherente y armónico. Así, el estudio comparativo de los distintos enunciados normativos proporciona claridad a cada uno de ellos.

Al respecto, la Resolución 1/2004 contempla otras dos condiciones que prohíben conductas generalmente permitidas en ausencia de una posición dominante: la

1769

EDUARDO DIEZ MORELLO NOTARIO PUBLICO K.V. SANTIAGO

Condición Tercera[12], que prohíbe a VTR realizar ventas atadas, y la Condición Octava[13], que prohíbe a VTR la discriminación geográfica.

Ninguna de esas condiciones contempla como requisito de su incumplimiento que exista poder de mercado o que se abuse del mismo al tiempo del incumplimiento, sino que prohíben conductas concretas sobre la base del poder de mercado que adquiría o reforzaba la entidad fusionada al tiempo de la operación.

Luego, si esas otras condiciones prohibitivas consideran el poder de mercado como un presupuesto o antecedente ya establecido por la Resolución 1/2004, es claro y coherente con ello que la Condición Quinta también.

Además, el artículo 3º letra b) del D.L. Nº 211 prohíbe la generalidad de los abusos de posición dominante y sería redundante que la Condición Quinta regule la misma hipótesis.

c. Elemento histórico

Con respecto a la historia de la Condición Quinta se debe tener presente muy especialmente que la FNE la propuso sobre la base de *"Potenciales efectos anticompetitivos en el mercado de adquisición de contenidos: la posición dominante de la empresa fusionada puede significar una importante barrera de entrada, toda vez que es presumible la presencia de un poder monopsónico en los contratos con proveedores de señales en el ámbito nacional"* (Resolución 1/2004, p. 13).

Frente a ello, las consultantes en ese proceso manifestaron que "*No tienen objeción en cuanto a que la empresa fusionada esté* ***impedida de negar la compra de contenidos producidos en el país, de manera injustificada e incurriendo en una discriminación arbitraria adversa con respecto a las condiciones que aplique a la generalidad de tales proveedores en situación análoga****. Lo anterior, en el entendido, además, de que esta restricción no implica la obligación de pagar a los canales abiertos por la transmisión de sus contenidos, ni tampoco por el contenido de empresas competidoras de la empresa fusionada o proveedoras de contenidos de eventos específicos tales como fútbol, así como que tampoco constituye una obligación de* must carry" (Resolución 1/2004, p. 23).

---

[12] *"TERCERA. En concordancia con el Decreto N° 742 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en el caso de que la empresa fusionada realice ofertas conjuntas de distintos servicios de telecomunicaciones, deberá señalar en éstas, separadamente y en forma clara, el valor o precio y las condiciones de cada uno de los servicios ofertados.*
Se prohíbe asimismo a la empresa fusionada ***comercializar en forma atada, esto es, 'imponiendo a una venta la de otro producto'*** *en los términos del Art. 3, letra b), del DL 211, la oferta de televisión por cable con la de acceso a Internet de banda ancha y/o con la de telefonía fija. Tampoco podrá realizar ventas atadas de cualquier combinación entre estos servicios. Sí podrá ofertarlos en forma conjunta siempre que la aceptación de la oferta por parte de los consumidores sea totalmente libre y voluntaria. Tampoco podrá discriminar en la calidad de la parrilla programática de la TV por cable ni en la de cualquiera de los servicios de telecomunicaciones, atendiendo al número de ellos que el consumidor contrate"* (Resolución 1/2004, p. 51).

[13] *"OCTAVA. La empresa fusionada deberá mantener una única política de precios uniforme para todo el territorio nacional* ***sin discriminar entre zonas*** *con o sin presencia de otros operadores que brinden servicios de Televisión pagada, mediante cualquier plataforma"* (Resolución 1/2004, p. 52).

1270
EDUARDO DIEZ MORELLO
NOTARIO PUBLICO
K.V.
SANTIAGO

Nótese que **las propias consultantes interpretaron la condición propuesta por la FNE excluyendo de sus requisitos o elementos la existencia y abuso de un poder de mercado** respecto de los productores nacionales de contenido de TV pagada (ya establecido). Sólo les preocupaba que dicha condición no fuera entendida como un *must carry,* ni como una obligación de pagar por señales abiertas o contenidos de eventos específicos.

El TDLC en la Resolución 1/2004 recoge la aprehensión de VTR, ya que la Condición Quinta se refiere únicamente a señales o contenidos de TV pagada comercializados por terceros. Luego, no es una regla aplicable a la relación entre señales abiertas y cableoperadores, y tampoco es un *must carry* de señales de TV pagada, sino una obligación de no excluir ni discriminar arbitrariamente en perjuicio de terceros proveedores de señales o contenidos de TV pagada, precisamente de aquellos proveedores de señales como TVI, que carecen de poder negociador frente a los cableoperadores[14].

En sus consideraciones, el TDLC señala *"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 1/2004, p. 43).

d. Criterio teleológico, finalista o funcional

Este ha sido el principal criterio utilizado por el TDLC en la interpretación de condiciones impuestas para aprobar operaciones de concentración, y cuenta además con un amplio respaldo doctrinario.

Al respecto, señala el TDLC en su Sentencia 147/2015:

"Décimo. Que, finalmente, es importante considerar que toda medida preventiva o correctiva está compuesta no sólo de un objeto –esto es, una conducta exigida– sino también de ***una finalidad****.*

En este sentido, la interpretación adecuada de las medidas se rige por el antiguo aforismo de que conviene atender al sentido de la norma ("sensum") más que a las palabras ("non verbum"), ya recogido por Ulpiano en el Digesto 34.4.3.9.

*Por consiguiente, para efectos de determinar el sentido de las medidas impuestas por este Tribunal –y de esa forma, dilucidar si el agente económico dio cumplimiento a las mismas– no sólo debe recurrirse a lo literal de las palabras (perspectiva formal o semántica), sino también a la finalidad económica o al propósito de dicha medida respecto del hecho, acto o convención revisado (****perspectiva teleológica o funcional****); [...]*

---

[14] TVI no demanda un *must carry* ni el congelamiento de la oferta programática de VTR, sino el incumplimiento de una condición que impide a VTR hacer lo que hizo respecto de un productor sin poder negociador: puso término anticipado y sin expresión de causa al Contrato, le ofreció, después, un precio sin relación con las condiciones de competencia en el mercado y, frente a la negativa de TVI a aceptarlo, VTR retiró unilateralmente las señales de TVI de la oferta programática.

EDUARDO DIEZ MORELLO
NOTARIO PUBLICO
K.V.
SANTIAGO

Trigésimo. Que, entonces, es necesario determinar si SMU cumplió con la Condición Primera, atendidos los términos de los contratos referidos en las consideraciones precedentes. Para ello, ***este Tribunal atenderá a la finalidad*** *que* ***se tuvo a la vista al imponer la referida condición****".*

Según se señaló (sección II), la finalidad o función de la Condición Quinta fue mitigar los riesgos para la libre competencia derivados de una operación de concentración para hacerla compatible con las normas de defensa de la libre competencia. En particular, mitigar el riesgo vertical de exclusión y discriminación de competidores en el mercado aguas arriba, por parte de un cableoperador relacionado con proveedores de señales.

Las obligaciones o remedios conductuales que impone el TDLC restringen o limitan la conducta futura del obligado de un modo particular, no aplicable a la generalidad de los agentes económicos, pues de ello derivan su utilidad o eficacia normativa.

Lo anterior impide entender que la Condición Quinta sea una mera repetición del texto legal, es decir, que para configurar un incumplimiento sea necesario establecer los requisitos de una infracción al artículo 3º del D.L. Nº 211 (particularmente la letra b).

Si ello fuese así, la condición sería "letra muerta", innecesaria e ineficaz para regular la conducta de la empresa fusionada de manera particular, imponiendo obligaciones que previamente no existen e, incluso, que otros no tienen.

Menos coherente aún con un criterio de utilidad o eficacia es que la Condición Quinta suponga requisitos adicionales a los de una infracción al artículo 3º letra b).

Si la condición exigiese, como pretende VTR, tener poder de mercado, abusar del mismo, y hacerlo por una de dos vías o formas específicas, entonces la condición no condicionaría la conducta de VTR.

Por el contrario, podría interpretarse -en un extremo absurdo- que la Condición Quinta permitiría a VTR conductas -las otras formas de comisión de abusos de posición dominante- que a otros no les permite.

Desde esta perspectiva, para que la Condición Quinta sea eficaz como condicionante o regla particular de conducta, sólo puede entenderse que prohíbe una conducta generalmente permitida.

En suma: Sobre la base de los criterios indicados, el poder de compra de VTR y sus incentivos a excluir competidores en el mercado aguas arriba, son los presupuestos de hecho o antecedentes que en 2004 justificaron el establecimiento de la Condición Quinta, pero no son requisitos del incumplimiento de la misma ni forman parte del contenido de la prohibición. Nuevamente, si los antecedentes tenidos en cuenta al establecer una condición fuesen parte integrante de la misma, éstas quedarían sin efecto automáticamente al variar las circunstancias, lo que no es así por disposición expresa de la ley (artículo 32º del Decreto Ley Nº 211) y en armonía con el principio de certeza jurídica.

A partir de lo antes dicho, es posible afirmar que la Condición Quinta prohíbe a VTR dos conductas que la Resolución 1/2004 consideró o precalificó como constitutivas de infracción:

1772

EDUARDO DIEZ MORELLO NOTARIO PUBLICO K.V. SANTIAGO

1. Negar injustificadamente la compra de señales o producciones de TV pagada que comercializan terceros; y

2. Ofrecer por las señales o producciones de TV pagada que comercializan terceros un precio que no diga relación con las condiciones de competencia en el mercado.

VII. Algunas consideraciones respecto de la concurrencia de las conductas prohibidas por la Condición Quinta

La existencia de un plazo del Contrato hasta 2018 es fundamental para establecer el incumplimiento de la Condición Quinta en relación a las señales de TV pagada que comercializa TVI.

Por una parte, porque la "Carta de Término" permite configurar la hipótesis de **negativa de compra** en la medida que no esté objetivamente justificada la terminación contractual anticipada. En efecto, terminar un contrato de suministro vigente resulta o se traduce en los hechos en una negativa a contratar.

En este punto es importante distinguir entre una justificación objetiva y una justificación basada en una eventual prerrogativa contractual de VTR para poner término al Contrato sin expresión de causa (que es materia del juicio arbitral).

Lo anterior, toda vez que la Condición Quinta limita la libertad contractual de VTR, excluyendo o invalidando una terminación -o no contratación- injustificada.

Por otra parte, la vigencia del Contrato hasta 2018 permite utilizar el precio pactado en el Contrato como un *benchmark* de precio competitivo (al menos hasta la fecha de expiración natural), de modo que el ofrecimiento de un precio inferior durante la vigencia de dicho contrato debe considerarse como infra competitivo o que "no dice relación con las condiciones de competencia en el mercado".

En efecto, frente a la dificultad de establecer -en un mercado de productos altamente diferenciado- cuál es el "justo precio" o precio de mercado de las señales de TVI, es razonable considerar que ese precio es, al menos, equivalente al precio que pactaron las partes por dichas señales en el Contrato.

Esta consideración es conservadora, considerando que el poder de negociación reside en VTR, de lo que se sigue que el precio pactado es probablemente inferior al que se hubiese determinado en una negociación libre o entre iguales.

No obstante, el precio pactado en el Contrato proporciona un escenario de comparación a partir del cual es posible presumir como infra competitivo el ofrecimiento de cualquier precio inferior a ese durante su vigencia.

La situación puede subsumirse en una hipótesis ejemplar de discriminación de precios a lo largo del tiempo, para cuya configuración basta comparar el precio ofrecido por un mismo producto o servicio en dos momentos distintos del tiempo; con prescindencia de la difícil tarea de determinar -en un mercado como el de producción de contenidos- un "precio de mercado" de las señales de TVI o un precio "que diga relación con las condiciones de competencia en el mercado". El *benchmark* de mercado es, al menos, el que ambas partes acordaron en el Contrato vigente hasta 2018.

1773

EDUARDO DIEZ MORELLO NOTARIO PUBLICO K.V. SANTIAGO

VIII. Algunas consideraciones respecto de las justificaciones

Después de la Carta de Término, VTR ha esgrimido como justificaciones para negar la compra u ofrecer por ellas un precio infra competitivo, que las señales de TVI habrían disminuido en calidad y que necesitaría reducir los costos. Estas justificaciones, de acuerdo con las reglas generales sobre carga de la prueba, deben ser demostradas por VTR (artículo 1698 del Código Civil).

Al respecto, los informes económicos presentados por las partes (de Econsult, F&K Consultores y Aldo González) muestran que en los últimos años algunos de los canales de TVI han disminuido en los últimos años, este fenómeno no ha sido diferente para canales comparables de otros proveedores de contenidos.

Por su parte el rating de la señal ARTV aumentó en más del doble entre los años 2011 y 2016[15].

Más aún, los canales de TVI Zona Latina y Vía X en los primeros seis meses de 2016 estuvieron en primer y tercer lugar, respectivamente, en el ranking de señales musicales de VTR (que incluye 8 señales en total)[16].

El informe de Aldo González presentado por VTR construye un ranking a partir de un índice de eficiencia que mide la relación, para cada proveedor de contenidos, entre la participación de mercado del total de los canales que provee a VTR y la proporción del costo para VTR de dichos canales sobre el total. Este informe muestra que el conjunto de señales ofrecidas por TVI se encuentran -para algún periodo que se desconoce- en el lugar 12 de 18 en este ranking, y presenta un índice de eficiencia cercano a 1 (0,979), lo que difícilmente puede entenderse como una mala posición relativa de TVI con respecto a otros proveedores de contenido.

Por su parte, el informe de Econsult[17] acompañado por TVI estima el costo por telespectador enfrentado por VTR para los canales de distintos proveedores. Este indicador muestra que los canales de TVI son más baratos por telespectador que el promedio de los canales de VTR y tienen un costo por telespectador cercano al de los canales de Fox.

Por último, el informe de F&K Consultores[18] acompañado por TVI muestra que el rating de los canales Zona Latina y Vía X han estado consistentemente por encima del rating del 75% de los canales de VTR, y en ocasiones superando el 90% en el caso de Zona Latina. También se muestra que, si bien Vía X sostuvo una caída en su rating, lo mismo ocurrió con MTV, canal que también pertenece a la categoría "música".

---

[15] Informe "*Impactos en la competencia del término de la relación contractual entre VTR y Televisión Interactiva—Filmocentro*", Aldo González. Página 27.
[16] Informe "*Impactos en la competencia del término de la relación contractual entre VTR y Televisión Interactiva—Filmocentro*", Aldo González. Página 34.
[17] Informe "*Análisis económico de la negación de compra de VTR a TVI*", Econsult. Páginas 45 y siguientes.
[18] Informe "*Análisis del poder de mercado de VTR y de la existencia de justificaciones para su negativa de compra a TVI en la causa Rol C Nº 311-16*". Páginas 30 y siguientes.

1774

EDUARDO DIEZ MORELLO
NOTARIO PUBLICO
K.V.
SANTIAGO

En suma: los indicadores presentados en los informes económicos acompañados a la causa no respaldan las justificaciones que VTR ha presentado ex post para incumplir la Condición Quinta.

Conclusiones

1. Conforme a la jurisprudencia del TDLC, los juicios contenciosos por incumplimiento de condiciones o medidas establecidas en conformidad a lo dispuesto por los artículos 18º Nº 2 y 31º del D.L. Nº 211, tienen sólo dos objetos: (i) verificar si el agente económico ha cumplido las medidas impuestas; y, (ii) determinar la culpabilidad del agente económico en la infracción al D.L. Nº 211.
2. La idoneidad de una medida o condición para asegurar la conformidad de un hecho, acto o convención con las normas de defensa de la libre competencia queda establecida en el procedimiento que les da origen o por la resolución que las impone. En el caso bajo análisis, la Condición Quinta anticipaba riesgos verticales o de exclusión de competidores en el mercado de provisión de contenidos o señales, y se fundamentó en dos hechos que se tuvieron por establecidos por la Resolución 1/2004: (i) que la empresa resultante de la fusión (VTR) adquiría o reforzaba una posición dominante en la compra de contenidos o señales, especialmente respecto de productores nacionales de TV pagada; y, (ii) que tenía incentivos a excluir a esos terceros por sus relaciones de propiedad con proveedores de señales o contenidos a nivel mundial. Por ello, la Condición Quinta prohibió a VTR dos conductas precalificadas como constitutivas de infracción: negar la compra u ofrecer precios infra competitivos por las señales o contenidos de TV pagada que comercialicen terceros.
3. La antijuridicidad de conductas que incumplen condiciones queda establecida por la resolución que impone esas condiciones, sin que sea necesario probar en el juicio por incumplimiento los elementos constitutivos de una infracción al artículo 3º letra b) del D.L. Nº 211. La infracción de condiciones se presume o es *prima facie* contraria a la libre competencia, sin que sea necesario acreditar en el juicio por incumplimiento que el requerido o demandado tiene -o mantiene- poder de mercado.
4. Por lo tanto, los hechos, circunstancias o antecedentes que fundamentaron la Condición Quinta no forman parte de los requisitos o elementos que deben acreditarse para considerarla incumplida en un juicio por incumplimiento. En particular, porque tal como ha resuelto reiteradamente el TDLC, es improcedente discutir en el juicio por incumplimiento una variación de tales circunstancias y, especialmente, es improcedente que su obligado se exima de responsabilidad aduciendo que carece de poder de compra, que el mercado de TV pagada es más competitivo que en el año 2004, que la condición incumplida ya no es necesaria, o que su incumplimiento no impide, restringe o entorpece la libre competencia.

1775

EDUARDO DIEZ MORELLO NOTARIO PUBLICO K.V. SANTIAGO

5. Estas circunstancias o alegaciones no son materia del juicio por incumplimiento, sino de un procedimiento distinto, especialmente destinado a modificar o alzar las obligaciones impuestas sobre la base de nuevos antecedentes, por disponerlo el artículo 32º del D.L. Nº 211 y haber sido así declarado reiteradamente por el TDLC. Esas decisiones producen cosa juzgada provisional y pueden ser modificadas sobre la base de nuevos antecedentes en un procedimiento distinto especialmente orientado a ello y siempre a futuro, esto es, desde que quede firme la resolución que la modifica o deja sin efecto. El TDLC ha sido categórico en cuanto a que esa es la única manera jurídicamente procedente para dejar sin efecto o modificar condiciones.
6. La Condición Quinta "prohíbe" y debe ser interpretada como una obligación de no hacer, apta para constreñir o limitar el comportamiento del sujeto obligado de un modo particular. El adecuado entendimiento de esa prohibición, permite concluir que dicha condición tiene un sentido y alcance claro, en cuanto prohíbe negar injustificadamente la compra u ofrecer precios infra competitivos a terceros proveedores de señales o contenidos de TV pagada, sin necesidad de acreditar que, a la fecha del incumplimiento, el obligado hubiese mantenido el poder de compra y las relaciones verticales que motivaron el establecimiento de la condición.
7. El incumplimiento de la Condición Quinta por parte de VTR puede darse por establecido considerando, por una parte, el plazo de vigencia del Contrato hasta 2018, y la no concurrencia de una justificación de terminación.

AUTORIZO LA FIRMA DE DON CAROLINA ALEJANDRA HORN KUPFER, C.I. NACIONAL Nº 13.549.487-9, SANTIAGO, 22 DE JUNIO DE 2017.-

EDUARDO DIEZ MORELLO NOTARIO PUBLICO K.V. SANTIAGO

MANUEL RAMIREZ ESCOBAR
Notario Suplente
34º NOTARIA DE SANTIAGO
EDUARDO DIEZ MORELLO